

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC**

**CURSO DE DIREITO**

**BEATRIZ RAFAEL RIZZIERI ZAGULSKI**

**UMA ANÁLISE DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL E DA LEGITIMIDADE DA  
OPÇÃO DO LEGISLADOR EM TORNAR LÍCITO O ABORTO DECORRENTE DO  
ESTUPRO, EM FACE DO DIREITO À VIDA DO FETO E DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA DA GENITORA.**

**CRICIÚMA**

**2012**

**BEATRIZ RAFAEL RIZZIERI ZAGULSKI**

**UMA ANÁLISE DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL E DA LEGITIMIDADE DA  
OPÇÃO DO LEGISLADOR EM TORNAR LÍCITO O ABORTO DECORRENTE DO  
ESTUPRO, EM FACE DO DIREITO À VIDA DO FETO E DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA DA GENITORA.**

Trabalho de Conclusão do Curso,  
apresentado para obtenção do grau de  
graduação no Curso de Direito da Universidade  
do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Msc. Mauricio Muriack de  
Fernandes e Peixoto

**CRICIÚMA**

**2012**

**BEATRIZ RAFAEL RIZZIERI ZAGULSKI**

**UMA ANÁLISE DA RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL E DA LEGITIMIDADE DA  
OPÇÃO DO LEGISLADOR EM TORNAR LÍCITO O ABORTO DECORRENTE DO  
ESTUPRO, EM FACE DO DIREITO À VIDA DO FETO E DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA DA GENITORA.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
pela Banca Examinadora para obtenção do  
Grau de Bacharel, no Curso de Direito  
da Universidade do Extremo Sul Catarinense,  
UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito  
Constitucional, Direito Civil e Direito Penal.

Criciúma, 15 de junho de 2012.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Mauricio Muriack de Fernandes e Peixoto – Msc.– UNESC – Orientador

Prof. Rosângela Del Moro – Msc. – UNESC

Prof. Alfredo Engelmann Filho – Especialista – UNESC

**Dedico este trabalho aos meus pais, meus  
irmãos, meu marido e meu filho Eduardo  
que é a razão da minha existência.**

## AGRADECIMENTOS

Inicio meus agradecimentos, primeiramente agradecendo a Deus por ter me acompanhado ao longo desses cinco anos de caminhada, permitindo que eu concluísse esse tão sonhado curso.

Agradeço aos meus pais, Dario e Edi por terem me concebido e me ensinado a escolher os caminhos certos ao longo das caminhadas, por terem me apoiado em todas as decisões tomadas e me ensinado a ter objetivos na vida, e principalmente na minha ausência, enquanto eu estudava, terem cuidado do meu filho dando carinho, amor e afeto, não existem palavras para agradecer e dizer o quanto os amo.

Agradeço aos meus irmãos Junior e Bibiana por terem me ajudado sempre que preciso, inclusive muitas vezes nas dificuldades com palavras como costumeiramente diz minha irmã Bibiana: *“eu quero, eu posso, eu consigo”*. Realmente essas palavras me ajudaram muito na conclusão desse tão sonhado e esperado curso.

Agradeço também, ao meu marido Marlo por ter me apoiado, me incentivado e aguentado as minhas mudanças de humores durante a elaboração deste trabalho.

Para o meu amado filho Eduardo, não há como descrever o amor que sinto por ele, embora ainda muito jovem com apenas quatro anos de idade foi quem mais me deu forças para atingir o meu ideal e concluir este curso. As vezes diante das dificuldades, principalmente por ter deixado-o a partir dos dois meses de idade com meus pais no período da noite para poder estudar, mesmo diante da saudade, da preocupação e do choro, foi por ele que eu achava forças para sair todos os dias de segunda a sexta para Criciúma e estudar. Finalmente esta chegando ao fim, e com certeza as dificuldades passadas no decorrer desses cinco anos serão esquecidas com as alegrias que virão com o fruto do meu trabalho profissional. A você Dudu como carinhosamente por todos é chamado, fica o meu muito obrigado e não esqueças que você é o amor da minha vida.

Um agradecimento também aos professores que sabiamente me instruíram durante esta longa jornada, em especial ao meu orientador o Prof. Mauricio Muriack de Fernandes e Peixoto, que sabiamente me orientou com paciência, humildade e compreensão na elaboração deste trabalho.

E finalmente gostaria de agradecer a todos os colegas de transporte e da faculdade inclusive aqueles que não estão mais entre nós, pois com eles compartilhei alegrias, tristezas, angústias e vitórias, tais como essa.

Enfim, foram cinco anos de muitas dificuldades, mais também de muitas alegrias, sentirei saudades. Muito obrigado a todos.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a opção do legislador de tornar lícito o aborto decorrente de estupro diante do confronto entre os princípios constitucionais do direito à vida (do feto) e o direito a dignidade da pessoa humana (da mulher) nos casos de gravidez decorrente de violência sexual que tenha por consequência a prática do aborto legal. Para o alcance deste objetivo, foi utilizada a metodologia da pesquisa bibliográfica, através de método dedutivo entre artigos científicos, livros, doutrinas e legislação. No primeiro capítulo foram abordados o conceito, as características e a classificação dos princípios constitucionais, bem como a colisão principiológica e a técnica utilizada para resolução dessas colisões. No segundo capítulo foram analisados os direitos fundamentais, abordando seu conceito, características, funções, classificação, e os direitos fundamentais a vida, a dignidade da pessoa humana e o direito a liberdade e entre este o direito a liberdade sexual da mulher diante do planejamento familiar e seus direitos reprodutivos. No terceiro capítulo foi estudado o aborto, sua fundamentação legal, seu conceito, as espécies de aborto com ênfase no aborto decorrente de estupro, bem como a liberdade das mulheres a prática do aborto se a gravidez estiver sido decorrente de estupro. E por último foi realizado uma análise da opção do legislador de tornar lícito o aborto decorrente de estupro, estudando os direitos fundamentais em conflito e utilizando o princípio da proporcionalidade para resolução desta colisão, concluindo-se pela recepção da opção constitucional.

**Palavras-chave:** Aborto. Estupro. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Direitos sexuais.

## SÚMARIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b>	<b>11</b>
2.1 CONCEITO	11
2.2 CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS	13
2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS	15
<b>2.3.1 Princípios fundamentais</b>	<b>15</b>
<b>2.3.2 Princípios constitucionais gerais</b>	<b>16</b>
<b>2.3.3 Princípios setoriais</b>	<b>16</b>
2.4 COLISÃO PRINCIPIOLÓGICA	17
<b>2.4.1 Técnica de resolução das colisões principiológicas</b>	<b>18</b>
2.4.1.1 Técnica da ponderação	18
2.4.1.2 Princípio da proporcionalidade	21
2.4.1.2.1 Dimensão da adequação	23
2.4.1.2.2 Dimensão da necessidade	23
2.4.1.2.3 Dimensão da proporcionalidade em sentido estrito	24
<b>3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	<b>25</b>
3.1 CONCEITO	26
3.2 FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
<b>3.2.1 Função de defesa ou de liberdade</b>	<b>26</b>
<b>3.2.2 Função de prestação social</b>	<b>26</b>
<b>3.2.3 Função de proteção perante terceiros</b>	<b>27</b>
<b>3.2.4 Função de não discriminação</b>	<b>27</b>
3.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
3.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
<b>3.4.1 Classificação legislativa / constitucional</b>	<b>29</b>
<b>3.4.2 Classificação geracional dos direitos fundamentais</b>	<b>30</b>
3.4.2.1 Direitos fundamentais de primeira geração	30
3.4.2.2 Direitos fundamentais de segunda geração	31
3.4.2.3 Direitos fundamentais de terceira geração	32
3.4.2.4 Direitos fundamentais de quarta geração	33
3.4.2.5 Direitos fundamentais de quinta geração	33
3.5 DO NÚCLEO DOS DIREITOS CIVIS	34
<b>3.5.1 Do direito à vida</b>	<b>34</b>
3.5.1.1 Do início da vida humana	35
3.5.1.2 Dos direitos do nascituro	37
<b>3.5.2 Do direito a dignidade da pessoa humana</b>	<b>38</b>
<b>3.5.3 Do direito a liberdade</b>	<b>40</b>
3.5.3.1 Direito a liberdade de expressão	40
3.5.3.2 Direito a liberdade de pensamento	41
3.5.3.3. Direito a liberdade de reunião	41
3.5.3.4 Direito a liberdade de associação	42
3.5.3.5 Direito a liberdade de religião	43
3.5.3.6 Direito a liberdade de locomoção e liberdade de circulação	44
3.5.3.7 Da liberdade das mulheres ao planejamento familiar e aos direitos reprodutivos	45
<b>4 DO ABORTO</b>	<b>49</b>
4.1 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL	49



4.2 CONCEITO.....	50
4.3 ESPÉCIES DE ABORTO.....	51
4.3.1 Aborto natural.....	51
4.3.2 Aborto acidental .....	51
4.3.3 Aborto criminoso .....	52
4.3.4 Aborto eugênico.....	52
4.3.5 Aborto econômico-social .....	52
4.3.6 Aborto permitido ou legal.....	53
4.3.6.1 Espécies de aborto legal .....	53
4.3.6.1.1 Aborto Terapêutico ou necessário.....	53
4.3.6.1.2 Aborto de Feto Anencéfalo .....	54
4.3.6.1.3 Aborto Decorrente de Estupro.....	55
4.3 ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO E A LIBERDADE DAS MULHERES FRENTE AO DIREITO A VIDA.....	57
4.4 DA JURIDICIDADE DO LEGISLADOR DE TORNAR LÍCITA A OPÇÃO DO ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO.....	59
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a questão relativa à legalidade do aborto nos casos de gravidez resultante de estupro sob a luz do nosso ordenamento jurídico atual, uma vez que se constata que o direito à vida do nascituro choca-se com a dignidade da mulher, seus direitos sexuais e reprodutivos, bem como sua autonomia no planejamento familiar.

Embora o Código Penal autorize a prática do aborto em casos de gravidez resultante de estupro, através desse trabalho buscar-se-á analisar a opção adotada pelo legislador ao legalizar essa modalidade de aborto, uma vez que nessa situação existe uma colisão de direitos fundamentais que podem ser considerados como alicerces do nosso ordenamento jurídico.

De uma lado, há o direito à vida do feto, garantido constitucionalmente desde a concepção, uma vez que o Brasil incorporou ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos; do lado oposto a dignidade da mulher que foi vítima de violência sexual, bem como sua saúde psíquica, sua liberdade sexual, e sua autonomia ao planejamento familiar, direitos estes também protegidos pela Constituição de 1988.

No caso do aborto decorrente de estupro, a mulher vítima de violência sexual não escolheu engravidar, pelo contrário, esse resultado foi fruto da violência sofrida, não tendo ela culpa alguma da gestação indesejada. Em contrapartida o feto que possui vida intrauterina também não escolheu ser concebido, é tão vítima dessa situação quanto à mulher que foi violentada.

Diante desse caso, o legislador optou pela dignidade da mulher, bem como seus direitos sexuais e reprodutivos e sua autonomia ao planejamento familiar, ao direito à vida do feto.

Sabe-se que o direito a vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois a partir dele podemos ter acessibilidade aos demais. Este direito garantido constitucionalmente por cláusula pétrea é inviolável, e todos sem distinção são seus titulares. Todavia esse direito não se limita apenas em possibilitar a todos o direito de nascer, mais sim após o nascimento garantir que todos tenham uma vida digna.

Como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é considerada o núcleo dos direitos fundamentais. Ao analisar o aborto decorrente de estupro e os bens jurídicos tutelados, ainda que o

direito a vida tenha fundamental importância jurídica, ele não possui caráter absoluto.

Ao se analisar o direito à vida sob seus dois aspectos: o primeiro o direito de nascer e conseqüentemente o segundo o direito a uma vida digna, percebe-se que o direito à vida caminha ao lado de outro direito tão importante quanto ele, qual seja a dignidade da pessoa humana.

É importante destacar que nenhum direito fundamental é absoluto, todo direito é passível de violação quando se depara com outro direito fundamental de igual importância.

O nosso ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas que harmonicamente se articulam, não sendo permitido que uma situação concreta seja resolvida por disposições legais contrapostas.

Quando existe uma colisão de direitos fundamentais, o legislador opta pela ponderação dos valores dos direitos em conflito aplicando-os ao caso concreto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade em busca da melhor justiça para o caso concreto.

No caso do aborto decorrente de estupro o legislador optou pela legalização do aborto preterindo o direito da gestante, uma vez que utilizou-se da dignidade da pessoa humana que é um direito fundamental que possui valor absoluto no sentido de balizar as relações entre diferentes direitos fundamentais, como será abordado no decorrer do presente trabalho. Em suma, a opção do legislador foi recepcionada pela nova sistemática constitucional inaugurada em 1988.

## 2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 2.1 CONCEITO

Inicialmente para que se possa conceituar princípios temos que diferenciá-los de regras, na condição de tipologias de normas constitucionais.

Segundo Alexy, a distinção entre princípios e regras “é à base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. (2008, p.85)

A distinção entre regras e princípios nada mais é, do que a distinção entre dois tipos de normas. (ALEXY, 2008, p.87)

Existem vários critérios para distinguir regras e princípios, uma vez que ambos possuem estrutura diversa, podendo ser descrita de várias maneiras. Uma das formas mais precisas para essa diferenciação é que as regras definem comportamentos e não se preocupam em ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar. Ao contrário disso, os princípios estabelecem estados ideais, objetivos que devem ser alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para que esse objetivo seja alcançado. (ÁVILA, 2011, p.56)

Outra forma de descrever essa distinção entre esses dois tipos de normas é a questão dos efeitos que cada uma pretende produzir. Enquanto as regras estabelecem desde logo os efeitos que pretende produzir no mundo dos fatos, efeitos estes, determinados e específicos, os princípios funcionam de forma diversa, porquanto, não obstante tenham objeto específico, suas características ontológicas são diversas das regras. Embora existam princípios que buscam fins determinados assim como as regras, existem aqueles que descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas. (BARROSO, 2008, p.71-72)

No que diz respeito às regras Ávila discorre que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (2011, p.78)

Completa Alexy, que as regras são normas que podem ser satisfeitas ou não, se uma regra for válida deve ser feito exatamente aquilo que nela está mencionado. Regras contêm determinações no âmbito daquilo que é juridicamente possível. (2008, p.91)

“As regras ao contrário dos princípios são proposições normativas aplicadas sob a forma de tudo ou nada. Se ocorrer os fatos que nela estão previstos, a regra deve incidir de modo direto e automático, produzindo seus efeitos”. (BARROSO, 2008, p. 30)

E sobre princípios transcreve Ávila que:

Princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença entre os princípios e as regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão. (2011, p.35)

Discorre ainda que:

[...] Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2011, p.78)

Segundo Barroso, “princípios contêm, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir”.

Completa Alexy:

[...] Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (2008, p.90)

Ávila acrescenta ainda que:

Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários a realização de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Essa perspectiva de análise evidencia que os princípios implicam comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. (2011, p.80)

Segundo Silva, “princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas [...]”. (2011, p.92)

“São diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser.” (BULOS, 2008, p.387)

Acrescenta Bulos, que os princípios “refletem os valores obrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade.” (2008, p.387)

Para Barroso, “ao contrário das regras, os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida possível, admitindo uma aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades físicas e jurídicas existentes”.(2008, p.76)

Discorre ainda, que os princípios constitucionais sejam explícitos ou não, se tornam a síntese dos valores obrigados no ordenamento jurídico, uma vez que espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. “Servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação concreta [...]”. (BARROSO, 2008, p.30)

“Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.” (BONAVIDES, 2006, p.258)

Registrado o conceito de princípios, passamos a analisar suas características.

## 2.2 CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS

Os princípios constitucionais, enquanto normas, são detentores de características próprias, quais sejam: são auto-executáveis; exercem ação no pano integrativo; exercem ação no plano prospectivo; possuem a característica de generalidade; primariedade; dimensão axiológica; objetividade; transcendência; atualidade; poliformia; vinculabilidade; aderência; informatividade; complementariedade e normatividade jurídica, os quais serão relatados adiante.

- Auto-executáveis: “os princípios desempenham uma ação imediata.” (BASTOS, 1997, p.55)
- Exercem ação no pano integrativo: “eles ficam a mercê de uma legislação integradora que lhes dê eficácia.” (BASTOS, 1997, p.56)

- Exercem ação no plano prospectivo: “os princípios ganham uma aplicabilidade cada vez maior, destilando o seu conteúdo por diversos setores da vida social.” (BASTOS, 1997, p.56)
- Generalidade: são princípios gerais para serem geradores de outros princípios e das regras constitucionais. (ESPÍNDOLA, 1998, p.77)
- Primariedade: segundo Espíndola, “os princípios constitucionais seriam primários e primeiros no interior do sistema constitucional, pois deles decorrem outros princípios.” (1998, p.78)
- Dimensão Axiológica; significa que os princípios constitucionais têm dimensão axiológica devido ao conteúdo ético de que se dotam. (ESPÍNDOLA, 1998, p.79)
- Objetividade: enquanto caracterizados pela generalidade de seus conteúdos, os princípios constitucionais são objetivos, pois têm núcleo próprio. (ESPÍNDOLA, 1998, p.79)
- Transcendência: os princípios constitucionais superam a elaboração normativa constitucional formal e adentram no ordenamento estatal como a mais vigorosa diretriz política, legislativa, administrativa e jurisdicional. (ESPÍNDOLA, 1998, p.80)
- Atualidade: os princípios constitucionais devem estar sempre atualizados com o conteúdo das normas constitucionais. (ESPÍNDOLA, 1998, p.80)
- Poliformia: segundo Espíndola, “os princípios constitucionais têm substância política ativa, que os torna passíveis de serem mutáveis para se adaptarem às novas contingências sociais apresentadas e sedimentadas.” (1998, p.81)
- Vinculabilidade: os princípios constitucionais são vinculados e vinculantes, eis que se vinculam a normas jurídicas e são vinculados entre si, bem como vinculados ao ideário político, social e jurídico, predominante em uma sociedade organizada em Estado. (ESPÍNDOLA, 1998, p.82)
- Aderência: “pela aderência, quer se predicar aos princípios constitucionais a idéia de que nenhum comportamento estatal, ou particular poderá refugiar, de forma exceptiva, ao quanto foi constitucionalmente positivado nas normas principais.” (ESPÍNDOLA, 1998, p.82)
- Informatividade: eles são informativos de todo ordenamento jurídico de um Estado. (ESPÍNDOLA, 1998, p. 83)

- Complementariedade: os princípios constitucionais se completam, são condicionantes uns aos outros. (ESPÍNDOLA, 1998, p.83)
- Normatividade jurídica: os princípios constitucionais possuem a qualidade de norma de direito, de juridicidade. (ESPÍNDOLA, 1998, p.83)

Registradas as características dos princípios constitucionais, passamos a analisar a sua classificação.

## 2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Segundo Santos, os princípios podem ser classificados de acordo com seu campo de abrangência, dividindo-os em três tipologias, sob este critério classificatório, quais sejam: princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais. (2008, p.185)

### 2.3.1 Princípios fundamentais

“Os princípios fundamentais são aqueles que evidenciam as decisões políticas e estruturais do Estado”. (SANTOS, 2008, p.185)

Conforme Rothenburg, eles “expressam as decisões políticas fundamentais do constituinte no que pertine a estrutura básica do Estado e as idéias e valores fundamentais triunfantes na Assembléia Constituinte”. (1999, p.68)

Acerca dos princípios fundamentais, dispõe Barroso:

Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. De tais opções resultará a configuração básica da organização do poder político. Também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentos à República e os princípios que regem em suas relações internacionais. Por fim, merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado Democrático de Direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais. (2008, p.365)

Segundo Bulos, esses princípios são classificados como fundamentais por que constituem o alicerce da Constituição, possuindo força expansiva, agregando em torno de si, direitos inalienáveis, básicos e imprescritíveis. Entre os princípios fundamentais pode-se mencionar: a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o pluralismo político, o democrático, o republicano, o do Estado de direito, o federativo, o da separação dos poderes e o da soberania popular. (2008, p.387)



Todos estes princípios estruturam o alicerce e o arcabouço normativo e axiológico do sistema constitucional.

### **2.3.2 Princípios constitucionais gerais**

Os princípios constitucionais gerais são desdobramentos dos princípios fundamentais, se apresentando como instrumentos concretos de limitação do Poder do Estado. (SANTOS, 2008, p.186)

“Embora não integrem o núcleo das decisões políticas que conformam o Estado, são importantes especificações dos princípios fundamentais”. (BONAVIDES, 2008, p.365)

Dispõe Rothenburg, “os princípios constitucionais gerais são desdobramentos menos abstratos dos princípios fundamentais.” (1999, p.68) “Por tal razão, prestam-se de modo corrente a tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam. Por serem desdobramentos dos princípios fundamentais, irradiam-se eles por toda ordem jurídica.” (BARROSO, 2008, p.365)

“A maior parte dos princípios gerais concentra-se no artigo 5º da Constituição, dedicados aos deveres individuais e coletivos [...]”. (BARROSO, 2008, p. 365-366) Dentre estes princípios podemos citar: o da legalidade, da isonomia, da igualdade, da autonomia estadual e municipal, o do acesso ao judiciário, o do juiz natural, entre outros. (ROTHENBURG, 1999, p.68)

### **2.3.3 Princípios setoriais**

Podendo ainda ser denominados como especiais, os princípios setoriais - como o próprio nome indica - se relacionam a determinado ramo do direito, o que faz com que eles possuam um âmbito de abrangência mais reduzido devido a sua especificidade. (SANTOS, 2008, p.187)

Eles presidem um específico conjunto de normas de um determinado tema, capítulo ou título da Constituição, podendo às vezes ser um detalhamento dos princípios constitucionais gerais, e outras vezes ser um princípio autônomo. (ROTHENBURG, 1999, p. 69-70)

Segundo Barroso, “eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos”. (2008, p.366)

Registrada a classificação dos princípios passamos a analisar o conflito entre estes.

## 2.4 COLISÃO PRINCIPIOLÓGICA

Dentro de um sistema jurídico a colisão de princípios não somente é possível como é fundamental para a lógica do sistema, que por sua vez é dialético. A incidência dessas colisões entre princípios não pode assim como as regras ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade, mas sim, deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. (BARROSO, 2008, p.31)

Diferentemente das regras - onde um conflito somente pode ser solucionado se for declarada uma das regras inválida ou se for introduzido em uma das regras conflitantes uma cláusula de exceção que elimine este conflito, a colisão entre princípios é solucionada de forma completamente diversa. (ALEXY, 2008, p.92-93)

As colisões entre princípios não conduzem à exclusão da ordem jurídica de uma das normas conflitantes, existe a incompatibilidade, mas não a exclusão. (ESPÍNDOLA, 1998, 69)

Embora os princípios sejam abstratamente compatíveis entre si, não regulamentando qualquer situação específica, eles podem colidir entre si quando usados para solucionar questões jurídicas em que as regras não puderam satisfatoriamente dar uma solução. (DIAS, 2002, p.96)

Quando há colisão entre dois princípios, significa que um dos princípios terá que ceder. Diferentemente das regras, isso não significa que o princípio cedente será considerado inválido, ou ainda, que nele deverá ser introduzido uma cláusula de exceção. O que ocorre é que em determinadas situações ou condições, um princípio tem precedência em face do outro, isso por que os princípios possuem peso, valores distintos e de acordo com a condição conflitante, o princípio com maior peso, com mais importância prevalece. (ALEXY, 2008, p.94)

Assim os conflitos existentes entre princípios são resolvidos a partir da análise da sua dimensão, do peso, ou ainda, da importância de cada princípio no caso concreto, no qual, diante da análise casuística tem-se a solução e um acaba por preceder ao outro. (DIAS, 2002, p.96)

Porém, isso não significa a exclusão do princípio não utilizado da ordem jurídica, ele apenas é afastado da situação específica, não impossibilitando que este

seja utilizado em outras condições onde ele tenha mais peso e importância sobre os demais princípios. (ESPÍNDOLA, 1998, p.70)

Ainda nesse contexto:

Isso significa que, em cada caso, se armam diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, uma privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando. (ESPÍNDOLA, 1998, p.70)

Complementa Dias:

No caso de conflito entre princípios, não existe exclusão de quaisquer deles. A incompatibilidade é resolvida com o afastamento do princípio que tenha menor peso diante da situação que requer a solução, ou seja, o peso e a importância dos princípios são variáveis de acordo com o caso concreto. Para cada caso, novos princípios se apresentam, e se existir conflito, colidência, a interpretação será o caminho para a resolução do caso, ao analisar a importância e o peso de cada um consoante a realidade. (DIAS, 2002, p.97)

Assim, em caso de conflito entre princípios, observar-se-ão os elementos do caso concreto e o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas pois apenas um princípio poderá em primeira linha ser acatado, uma vez que a aplicação dos princípios ao caso concreto<sup>1</sup>, se dá mediante ponderação. (DIAS, 2002, p.97)

## 2.4.1 Técnica de resolução das colisões principiológicas

### 2.4.1.1 Técnica da Ponderação

O Direito, por si só, é um conjunto de normas que são harmonicamente articuladas, não sendo permitido que uma situação seja regida simultaneamente por disposições legais que se contrapõem. Assim, para solucionar essa questão legislativa o ordenamento jurídico apresenta três situações tradicionais: “o da hierarquia onde a lei superior prevalece sobre a inferior, o cronológico onde a lei posterior prevalece sobre a anterior e o da especialização em que a lei específica

<sup>1</sup> O Supremo Tribunal Federal utilizou em alguns casos o critério da “precedência continuada”, pelo qual seria possível averiguar no caso concreto, qual dos princípios concorrentes iria ceder naquela específica situação, senão vejamos, *in litteris*:

“Precatórios judiciais. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes.” (IF 298, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-2-2003, Plenário, DJ de 27-2-2004.) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, IF 298, Min. Gilmar Mendes, 2012).

prevalece sobre a lei geral”. Embora esses critérios sirvam para solucionar o conflito entre leis, eles não são adequados ou totalmente satisfatórios quando se tratam de normas constitucionais, em especial as colisões entre os princípios constitucionais. (BARROSO, 2008, p.32)

Segundo Ávila, quando existe a colisão entre princípios a solução não se resolve com a determinação imediata de prevalência de um princípio sobre o outro, mais sim através da técnica da ponderação, no qual após analisar a situação concreta um deles se sobressai ao outros recebendo a prevalência. (2011, p.51)

A técnica da ponderação “pode ser descrita, como uma técnica de decisão própria para casos difíceis.” (BARROSO, 2008, p.55)

Segundo Barroso, a técnica da ponderação busca estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios que estão em contraposição, podendo ser denominada como ponderação dos valores ou ponderação de interesses. (2008, 32)

Barroso acrescenta que:

[...] Quando se trabalha com a Constituição, no entanto não é possível simplesmente escolher uma norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução. (2008, p.55)

Complementa ainda que:

[...] Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. (BARROSO, 2008, p.32)

“Assim, ao se deparar com uma situação que revela a ocorrência de uma colisão entre princípios, deve o operador normativo tomar como premissa inicial o fato de que apenas um deles deverá ser aplicado [...]”. (SANTOS, 2008, p.183)

Para Bulos, a técnica da ponderação é o recurso pelo qual o intérprete se utiliza para avaliar qual bem constitucional deve prevalecer em caso de colisões de princípios, sendo que é através desta técnica que se busca estabelecer o peso relativo de cada princípio contraposto. “À vista da situação prática, o intérprete analisa qual bem que deve ceder perante o outro, sempre buscando o resultado socialmente desejável”. Desta forma, são feitas concessões recíprocas, sacrificando

determinado princípio para buscar a solução mais adequada para reger o caso concreto. (2008, p. 345)

Ainda nesse contexto, Bulos completa, a técnica da ponderação é muito mais que uma técnica decisória, pois ela constitui valiosíssimo princípio de exegese, o qual é aplicado diante de casos difíceis e impossíveis de serem resolvidos pelo silogismo convencional. Nesse aspecto, ainda destaca, no silogismo convencional é examinada a norma e feita a análise do fato, obtendo-se assim a sentença; já na técnica da ponderação são identificados os bens conflitantes e, a partir dessa identificação, é feito um exame conjunto das circunstâncias concretas e das normas aplicáveis ao fato, logo se apuram os pesos que devem ser atribuídos a cada um dos bens em disputa, para assim escolher a norma que deve preponderar, obtendo-se a sentença. Logo se percebe que a técnica da ponderação é muito mais demorada e complexa que a convencional, e certamente surgiu por uma necessidade e não um capricho intelectual. (2008, p.346-347)

Após o relato sobre a técnica da ponderação<sup>2</sup>, passamos analisar outros instrumentos utilizados para a solução das colisões principiológicas.

---

<sup>2</sup> É relevante mencionar que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado a técnica da ponderação de interesses para solucionar a colisão entre dois ou mais princípios constitucionais, à luz do exame casuístico dos valores e critérios que devem preponderar em cada evento de colisão, senão vejamos, *in literis*:

[...] "O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Presidente da República, e declarou inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí insertos os remoldados. Ficaram ressalvados os proventos judiciais transitados em julgado, com teor já executado e objeto completamente exaurido [...]" (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 24-6-2009, Plenário, Informativo 552.) "[...] a relatora afirmou que a questão posta na presente ADPF seria saber, portanto, se as decisões judiciais nacionais que vêm permitindo a importação de pneus usados de Estados que não compõem o Mercosul implicariam descumprimento dos preceitos fundamentais invocados. Realçou a imprescindibilidade de se solucionar o trato judicial sobre a matéria, que decorreu, sobretudo, da circunstância de ela ter sido objeto de contencioso perante a Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20-6-2005, quando houve Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. Disse que a União Europeia formulou referida consulta acerca da proibição de importação de pneus usados e reformados dela procedentes e alegou afronta aos princípios do livre comércio e da isonomia entre os países membros da OMC, em razão da manutenção da importação de pneus remoldados provenientes dos Estados integrantes do Mercosul. Informou que as considerações apresentadas no Relatório do Painel, que circulou entre os Membros da OMC, levaram a União Europeia a apelar, tendo o Órgão de Apelação da OMC mantido a decisão no sentido de que seria justificável a medida adotada pelo Brasil quanto à proibição de pneus usados e reformados, para fins de proteger a vida e a saúde humanas, bem como a sua flora e fauna, mas concluído que a isenção de proibição de importação de pneus usados dada ao Mercosul e as importações destes por meio de liminares configurariam uma injustificada e arbitrária discriminação (GATT, art. XX, *caput*). Em face disso, a relatora reafirmou a razão fundamental de se dar uma solução definitiva sobre uma pendência que, no plano internacional, justificaria a derrocada das normas proibitivas sobre a importação de pneus usados, haja vista que, para o Órgão de Apelação da OMC, se uma parte do Poder Judiciário brasileiro libera empresas para importá-los, a despeito da

#### 2.4.1.2 Princípio da proporcionalidade

No ramo do Direito é muito comum o termo proporcionalidade, pelo qual se busca que uma decisão seja fundamentada em bom senso, justiça, e razão, de maneira que seja o mais proporcional possível. O princípio da proporcionalidade é o vetor por meio do qual o intérprete busca a racionalidade, a idoneidade, a adequação, o bom senso, a prudência e a moderação no ato de compreender os textos normativos, eliminando os excessos e o abuso de poder. Este princípio nada mais é do que um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e legislativa, permitindo deste modo que o poder judiciário invalide as ações abusivas. (BULOS, 2008, p.531-532)

---

vigência das normas postas, é porque os objetivos alegados pelo Brasil, perante o órgão internacional do comércio, não teriam o fundamento constitucional que as validariam e fundamentariam. Acrescentou, no ponto, que, em 17-12-2007, o Órgão de Solução de Controvérsias – DSB adotou os aludidos relatórios do Painel e do Órgão de Apelação, e que, em 15-12-2008, o Brasil se comprometeu a implementar as recomendações e as regras do Órgão de Solução de Controvérsias, de maneira consistente com as obrigações da OMC. (...) Após relembra não ter havido tratamento discriminatório nas relações comerciais adotado pelo Brasil, no que respeita à exceção da importação de pneus remoldados dos países do Mercosul, que se deu ante à determinação do Tribunal *ad hoc* a que teve de se submeter, a relatora anotou que os países da União Europeia estariam se aproveitando de brechas na legislação brasileira ou em autorizações judiciais para descartar pneus inservíveis tanto no Brasil quanto em outros países em desenvolvimento. Ressaltou que, se a OMC tivesse acolhido a pretensão da União Europeia, o Brasil poderia ser obrigado a receber, por importação, pneus usados de toda a Europa, que detém um passivo da ordem de 2 a 3 bilhões de unidades. (...) Concluiu que, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais revelaria que as decisões que autorizaram a importação de pneus usados ou remoldados teriam afrontado os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF." (**ADPF 101**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11-3-2009, Plenário, *Informativo* 538.) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 101, Min. Cármen Lúcia, 2012).

No mesmo sentido:

“Suspensão de tutela antecipada. Importação de pneumáticos usados. Manifesto interesse público. Grave lesão à ordem e à saúde públicas. (...) Importação de pneumáticos usados. Manifesto interesse público. Dano Ambiental. Demonstração de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, tendo em conta a proibição geral de não importação de bens de consumo ou matéria-prima usada. Precedentes. Ponderação entre as exigências para preservação da saúde e do meio ambiente e o livre exercício da atividade econômica (art. 170 da CF). Grave lesão à ordem pública, diante do manifesto e inafastável interesse público à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF). Precedentes. Questão de mérito. Constitucionalidade formal e material do conjunto de normas (ambientais e de comércio exterior) que proíbem a importação de pneumáticos usados. Pedido suspensivo de antecipação de tutela recursal. (...) Impossibilidade de discussão na presente medida de contracautela.” (**STA 171-AgR**, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 12-12-2007, Plenário, *DJE* de 29-2-2008.) **No mesmo sentido:** STA 118-AgR, Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, julgamento em 12-12-2007, Plenário, *DJE* de 29-2-2008. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Sta 171, Min. Ellen Gracie, 2012).

Segundo Baracho, “o princípio da proporcionalidade está vinculado, inicialmente, à própria idéia do Estado Democrático de Direito”. Além de ser um controle discricionário, ele demanda fiscalização que permite que as decisões arbitrárias, irracionais ou mal estruturadas sejam censuradas. Este princípio também conhecido como proibição de excesso, tem servido como instrumento do equilíbrio entre interesses contrários em causa. (2008, p.387-388)

Bonavides realça que a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional se deu por intermédio dos direitos fundamentais, dando a este princípio extrema importância e prestígio tanto quanto aos princípios cardeais e afins do nosso ordenamento jurídico.

Para Santos, “a proporcionalidade diz respeito à relação de necessária adequação harmônica entre os fins almejados e os meios empregados”. Segundo o autor, o princípio da proporcionalidade possui natureza dual, se manifestando de duas formas, ora como norma-princípio e ora como postulado da técnica da ponderação. (2008, p.208)

Nesse contexto, explica Santos:

Enquanto princípio sua essência normativa é revelada quando se coteja uma norma infraconstitucional com os critérios determinadores de sua proporcionalidade, o que conduz a conclusão no sentido de que uma norma desproporcional deve ser entendida por inválida, por contrariar a Constituição. (2008, p. 208-209)

Enquanto postulado, destaca Bulos:

Por intermédio da técnica da ponderação, o exegeta realiza o dever de proporcionalizar, balanceando e sopesando de bens em disputa, interesses, valores, princípios e normas colidentes. Ou seja, não é dado ao intérprete agir arbitrariamente, sem senso de proporção. Do contrário, a escolha de um dos interesses em jogo, com a respectiva anulação do outro, violaria o texto constitucional. O dever de proporcionalizar permite-lhe formular juízos de ponderação [...]. (2008, p.347)

Nesse aspecto ainda destaca Santos, “diante de uma colisão entre princípios a proporcionalidade se apresenta como postulado, pois ela será empregada como metanorma orientadora do emprego da técnica da ponderação”. (2008, p.209)

A cada dia o princípio da proporcionalidade vem ganhando novos terrenos no Direito comparado, sendo que para se utilizar desse princípio ele desdobra-se em três dimensões para que seja permitida sua análise, quais sejam: a adequação dos

meios, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (SANTOS, 2008, p.209)

Constatados pela doutrina, esses três elementos, conteúdos parciais, ou ainda subprincípios, governam a composição do princípio da proporcionalidade, não podendo ser analisados em estado de isolamento. (BONAVIDES, 2005, p.396)

Passamos a analisar as dimensões do princípio da proporcionalidade.

#### 2.4.1.2.1 Dimensão da adequação

Quanto à dimensão da adequação dos meios, destaca Santos, “deve o operador normativo determinar se a medida adotada é apropriada para atingir os fins que se propõe alcançar”. (2008, p.209)

Completa Bonavides, é através desta dimensão que se observa se determinada medida representa “o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público”. (2005, p.396)

Enfim, “o juiz deve verificar se os atos praticados pelo Poder Público foram capazes de atingir os objetivos pretendidos, dentro das balizas constitucionais, legais e morais”. (BULOS, 2008, p.532)

#### 2.4.1.2.2 Dimensão da necessidade

A dimensão da necessidade é também chamado por alguns autores como a proporcionalidade propriamente dita, através desta dimensão a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, já que uma medida para ser admissível deve ser necessária. (BONAVIDES, 2005, p.397)

Em outras palavras, de todas as medidas que servem para obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o elemento da necessidade ser chamado de princípio da escolha do meio mais suave. (BONAVIDES, 2005, p.397)

Deste modo, acrescenta Santos:

A dimensão da necessidade impõe ao operador normativo a escolha de um meio que se materialize no menor grau de ingerência estatal possível. Dessa forma, caso o Estado se veja diante da possibilidade de utilização de dois métodos de ação, deve optar por aquele que acarrete o menor peso, ou que importe em menor onerosidade. Com isso garante-se um possível controle de excesso. (2008, p.210)



#### 2.4.1.2.3 Dimensão da proporcionalidade em sentido estrito

A dimensão da proporcionalidade em sentido estrito torna necessária a busca de uma relação harmônica entre os fins “perseguidos e os meios empregados para alcançá-los”. (SANTOS, 2008, p.210)

Completa Bulos:

Assim, o juiz deve ponderar o ônus imposto e o benefício resultante dos atos praticados pelo Poder Público, somente assim será possível adentrar nas áreas ligadas as liberdades públicas, que, em regra, não são absolutas, mas relativas, devendo ser interpretadas à luz das exigências do fato social. (2008, p.532)

Deste modo, esta dimensão consiste na proporcionalidade em *stricto sensu*, onde a “escolha recai sobre o meio ou os meios, que no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo”. (BONAVIDES, 2005, p.397-398)

Relatado sobre os princípios constitucionais, passamos a analisar os direitos fundamentais.

### 3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.1 CONCEITO

A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais no desenvolver da história dificultam defini-los em um conceito sintético e preciso, aumentando essa dificuldade devido às várias expressões para designá-lo. (SILVA, 2008, p.175)

Além de outras expressões os direitos fundamentais são conhecidos como: direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais e liberdades públicas. (BULOS, 2008, p.404)

Bulos conceitua de forma ampla os direitos fundamentais como:

[...] O conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social. (2008,p.404)

Nas palavras de Moraes, os direitos humanos fundamentais podem ser definidos como:

[...] O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (2000,p.39)

Embora sejam consagrados como direitos fundamentais, em princípio não há em que se falar que os mesmos são considerados direitos absolutos. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.241)

Por esse motivo, Mendes, Coelho e Branco, afirmam que “os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente fazem sentido num determinado contexto histórico.” (2008, p.241)

Com relação ao contexto histórico, explicam Mendes, Coelho e Branco, que o caráter de historicidade quer dizer que os direitos fundamentais podem ter sido proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou podem se modificar com o passar do tempo. (2008, p.241)

Mais de maneira geral pode-se dizer que “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.” ( BULOS, 2008, p.404)

## 3.2 FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme Canotilho, os direitos fundamentais possuem quatro tipos de funções: a função de defesa ou de liberdade, a função de prestação social, a função de prestação perante terceiros e a função de não discriminação. (2002, p.1475)

### 3.2.1 Função de defesa ou de liberdade

A primeira função dos direitos fundamentais, é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. (CANOTILHO, 2002, p.407)

Para Canotilho, “os direitos fundamentais são aqueles direitos que cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos, sob uma dupla perspectiva, num plano jurídico objectivo e num plano jurídico subjectivo.” (1994, p.541)

Nesse aspecto ainda complementa:

No plano jurídico objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (2002, p.407)

Os direitos de defesa caracterizam-se porque impõem ao Estado um dever de abstenção, um dever de não se intrometer no espaço individual de autodeterminação das pessoas, um dever de não interferência. Eles objetivam a limitação da ação do Estado e destinam-se a evitar a ingerência do Estado sobre os bens protegidos (liberdade, propriedade...), assim como fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.255)

### 3.2.2 Função de prestação social

O direito a prestação significa em sentido estrito, o direito que as pessoas possuem de obter algo através do Estado, como a saúde, a educação a segurança, *et cetera*. (CANOTILHO, 2002, p.408)

Essa funcionalidade dos direitos fundamentais exige que o Estado aja para atenuar as desigualdades, com isso estabelecendo melhores condições para o futuro da sociedade, libertando os indivíduos das necessidades. MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.257)

Para Mendes, Coelho e Branco, esses direitos “surtem da vontade de estabelecer uma “igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política”. São direitos que se realizam por intermédio do Estado.” (2008, p.258)

Se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam uma maneira de favorecer as condições materiais indispensáveis ao total desfrute dessas liberdades. Esses direitos supõem que para a conquista e manutenção da liberdade o Estado deve assumir comportamento ativo na sociedade civil através de uma prestação positiva ao indivíduo, e não de uma omissão, correspondendo assim, a uma obrigação do Estado de fazer ou de dar. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.258)

### **3.2.3 Função de proteção perante terceiros**

Muitos direitos impõem um dever ao Estado de proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais, assim para propagar essa garantia constitucional de um direito, o Estado deve adaptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante as atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros. (CANOTILHO, 2002, p.409)

### **3.2.4 Função de não discriminação**

Umas das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina é a função de não discriminação, que surge a partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos e consagrados na Constituição de 1988. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos e assegura que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. (CANOTILHO, 2002, p. 409)

## **3.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Além de serem fundamentais, os direitos previstos em nossa Carta Suprema ainda possuem outras características, dentre elas: historicidade, inalienabilidade, universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, cumuláveis, relativos, invioláveis, interdependência, complementariedade e efetividade, consoante relato sintético que se passa a afazer adiante:

- Historicidade: participando de um contexto histórico delimitado, tais direitos derivaram de uma longa evolução. Nasceram, morreram e extinguem-se, advêm das necessidades humanas. (BULOS, 2008, p.409)
- Inalienabilidade: conforme Moraes “não há possibilidade de transferências dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso.”( 2000, p.41)
- Universalidade: estes devem ser respeitados abrangendo a todos os indivíduos, sem qualquer restrição, independente de nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção política, religiosa ou filosófica. (ÂNGELO, 1998, p.19)
- Imprescritibilidade: os direitos humanos fundamentais não prescrevem, uma vez que não se perdem pelo decurso do prazo. (MORAES, 2000, p.41)
- Irrenunciabilidade: os direitos fundamentais não se renunciam, embora alguns possam até não serem exercidos, não se admite que sejam renunciados. (SILVA, 2008, p. 181)
- Cumuláveis: podem ser exercidos simultaneamente com mais de um direito. ( BULOS, 2008, p.409)
- Relativos: com a relação à relatividade<sup>3</sup> ou limitação dos direitos fundamentais, Bulos se manifesta do seguinte modo: “nem todo direito ou até mesmo garantia fundamental pode ser exercido de modo absoluto e irrestrito, salvo algumas exceções.” ( 2008, p.409)

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconhece o caráter “relacional” do princípio da isonomia, *in verbis*:

[...] O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva segundo Maurer a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). A análise exige, por isso, modelos de comparação e de justificação. Se a lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997. Se os trata de modo distinto, porém justificadamente, também não há cogitar de inconstitucionalidade da norma legal aqui discutida. Por fim, justificar-se-ia a identificação de inconstitucionalidade no art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997, se comprovada a existência de tratamento não razoável. A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretam prejuízo para servidores e empregados públicos.” (RE 453.740, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-2-2007, Plenário, DJ de 24-8- 2007.) No mesmo sentido: RE 547.052, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 2-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7- 8-2009; RE 513.082-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-5-2009, Primeira Turma, DJE de 28-8-2009; AI 657.133-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 25-9-2009.

- Invioláveis: segundo Moraes, a inviolabilidade significa a “impossibilidade do desrespeito por determinação infraconstitucionais, ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal.” (2007, p.22)
- Interdependência: apesar de autônomos, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. (MORAES, 2007, p.22)
- Complementariedade: Moraes, explica que “os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mais sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.” (2007, p.22)
- Efetividade: o Poder Público deve atuar no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto. (MORAES, 2007, p.22)

Por fim, é de se mencionar que estes atributos dos direitos fundamentais devem ser visualizados de maneira complementar entre si, uma vez que tais características não se excluem, antes, se complementam.

### 3.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 trata os Direitos Fundamentais como gênero, subdividindo-os em cinco espécies/capítulos, formando assim a classificação legislativa/constitucional. Por outro lado, a doutrina apresenta a classificação dos Direitos Fundamentais, classificando-os em dimensões, ou em gerações como apresentam a maioria dos doutrinadores, formando a classificação geracional dos Direitos Fundamentais. (MORAES, 2006, p.26)

#### 3.4.1. Classificação legislativa / constitucional

A classificação decorrente do nosso direito constitucional, segundo Silva, “é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que ao mesmo tempo de refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela”. (2008, p.182)

Assim a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, e sob esse aspecto denota Moraes:

A classificação adotada pelo legislador constituinte, estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais, quais sejam: direitos

e garantias individuais e coletivos, artigo 5º CRFB/88; direitos sociais, artigo 6º a 11 CRFB/88; direitos de nacionalidade, artigo 12 CRFB/88; direitos políticos, artigo 14 CRFB/88; e direitos relacionados a existência, organização e participação em partidos políticos, artigo 17 CRFB/88.(2006,p.26)

Evidentemente, esta classificação deve ser considerada como originária do próprio direito positivo constitucional, antes de ser obra ou pensamento doutrinário.

### **3.4.2 Classificação geracional dos Direitos Fundamentais**

Modernamente, os doutrinadores apresentam-nos a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, baseando-se na ordem cronológica que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. (MORAES, 2006, p.26)

É aquela classificação ligada ao surgimento histórico dos direitos fundamentais, que devido a sua perspectiva, situa a evolução dos direitos fundamentais em primeira, segunda e terceiras gerações. (Mendes, Coelho e Branco, 2008, p.233), embora existam doutrinadores que mencionam ainda a quarta e a quinta dimensões de direitos fundamentais, tal como Bonavides . (2011, p. 571-590)

#### **3.4.2.1 Direitos fundamentais de primeira geração**

Os direitos de primeira geração são aqueles elencados nos artigos 5º e 14 da CRFB/88; esses direitos surgem com as Revoluções Liberais do século XVIII, são os direitos da liberdade, foram os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, são os direitos civis e políticos. (BONAVIDES, 2006, p.563)

Dispõem Mendes, Coelho e Branco, que os direitos de primeira geração “são considerados indispensáveis a todos os homens [...] são direitos em que não desponta a preocupação com as desigualdades sociais”.(2008, p.233)

Os direitos de primeira geração, tem por titular o indivíduo, nesse sentido Bonavides realça: “são por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”. (2006, p.564)

Esses direitos são oponíveis ao Estado, explicam-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, assim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2006, p.564)

#### 3.4.2.2 Direitos fundamentais de segunda geração

Os direitos de segunda geração, são conhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais, encontram-se nos artigos 6º, 7º e 205 CRFB/88, visam oferecer os meios materiais imprescindíveis a efetivação dos direitos individuais. Se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuam o princípio da igualdade. (MORAES, 2006, p.26)

Estes direitos surgiram a partir da Revolução Industrial, onde os proletariados reivindicavam direitos sociais, econômicos e culturais. Dominaram o século XX e nasceram abraçados ao princípio da igualdade. (BONAVIDES, 2006, p.564)

A igualdade que se falava e buscada pelo proletariado não era a igualdade formal, pois esta já estava consagrada, mais sim a igualdade material buscando a redução das desigualdades sociais. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.233)

Devido aos grandes problemas sociais do período, e as pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso acabou por gerar reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.233)

Destacam Mendes, Coelho e Branco,: “o ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento”.(2008, p.233)

Assim, com essa nova geração, veio uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade, que levou os poderes públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade superasse as suas angústias estruturais, assim o momento não mais era de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de exigir direitos do próprio Estado, que passa a ter que atuar para satisfazer tais pretensões. (TAVARES, 2008, p.457)

Tavares explica:



Enquanto no individualismo, que se fortaleceu na superação da monarquia absolutista, o Estado era considerado o inimigo contra o qual deveria se proteger a liberdade do indivíduo, com a filosofia social o Estado se converteu em amigo, obrigado que estava, a partir de então, a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade.(2008,p.456)

Esses direitos não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mais sim exigem do mesmo uma atuação, por isso são direitos que obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade igual e real para todos, mediante atuação dos Poderes Públicos. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.233)

Destaca Mendes, Coelho e Branco, que os direitos de segunda geração “dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer , etc.” (2008, p.233)

#### 3.4.2.3 Direitos fundamentais de terceira geração

Esta terceira geração de direitos fundamentais surge com a nítida dicotomia entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, a consciência de um mundo partido entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar para que se buscasse outra dimensão dos direitos fundamentais até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade. (BONAVIDES, 2006, p.569)

Os direitos de terceira geração, são aqueles elencados no artigo 225 CRFB/88 e costumam ser denominados como direitos da solidariedade ou da fraternidade e se caracterizam pela sua titularidade coletiva ou difusa. (TAVARES, 2008, p.457)

Esses direitos peculiarizam-se pela sua titularidade coletiva ou difusa, uma vez que são concebidos para proteção de coletividades e de grupos, e não apenas do homem isoladamente. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.234)

Nesse aspecto, Bonavides ainda destaca:

Os direitos de terceira geração cristalizaram-se no final do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano, mesmo num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.(2006, p.569)

Segundo Mendes, Coelho e Branco, “tem-se na terceira geração, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, a conservação do patrimônio histórico cultural.” (2008, p.234)

#### 3.4.2.4 Direitos fundamentais de quarta geração

Elencados nos artigos 1º e 3º da CRFB/88, os direitos de quarta geração surgem com a globalização política na esfera da normatividade jurídica. São direitos de quarta geração, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, desses direitos dependem a concretização da sociedade aberta do futuro. (BONAVIDES, 2011, p.571)

Salienta ainda Bonavides, “os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem, sem todavia removê-la a subjetividade dos direitos individuais, a saber os direitos de primeira geração.”(2011, p.572)

Logo, se pode partir do princípio de que os direitos da segunda, terceira e quarta gerações, não se interpretam, mas sim se concretizam. (BONAVIDES, 2011, p.572)

Nesse contexto realça Bonavides, “enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política”.(2011, p. 572)

#### 3.4.2.5 Direitos fundamentais de quinta geração

Nos direitos fundamentais de quinta geração se encontra o direito à paz que até então era um direito que estava classificado entre os direitos da fraternidade, presentes na terceira geração dos direitos fundamentais. (Bonavides, 2011, p. 583)

Completa Bonavides, que no que tange aos direitos de fraternidade o mais característico direito para representar essa terceira geração de direitos fundamentais é o direito ao desenvolvimento, tanto quanto a liberdade representa os direitos de primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e a paz há de ser o direito da quinta geração. (2011, p.583)

Explica Bonavides:

Com efeito em nosso tempo a alforria espiritual, moral e social dos povos, das civilizações e das culturas se abraça com a idéia de concórdia.

Essa idéia cativa a alma contemporânea, porque traz, consoante é mister, do ponto de vista jus político, uma ética que tem a probabilidade de governar o futuro, nortear o comportamento da classe dirigente, legitimar-lhe os atos e relações de poder.

Tal elemento de concórdia, aliás, vai deverás além da presente direção, propellido da necessidade de criar e promulgar aquele novo direito fundamental: o direito à paz enquanto direito de quinta geração.

Estuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar, por intangíveis, as regras, princípios e cláusulas da comunhão política. (2011, p.590)

“O direito à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo social de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant”. (BONAVIDES, 2011, p.590)

Enfim, Bonavides completa, que o direito à paz enquanto direito de quinta geração, é um “direito ora impetrado na qualidade de direito universal do ser humano”.(2011, p.590)

Após essa breve abordagem sobre os Direitos Fundamentais, cumpre agora examinar alguns direitos relacionados ao referido tema.

### 3.5. DO NÚCLEO DOS DIREITOS CIVIS

#### 3.5.1 Do direito à vida

Segundo Silva, o direito à vida “consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável.” (2007, p.198)

Pelo fato de ser um direito assegurado, a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta da vida. (SILVA, 2007, p.198)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º *caput* proclama o direito à vida como garantia fundamental e inviolável, como assim dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (Brasil, 2005)

Segundo Moraes, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”(2006, p.30)

Nesse mesmo sentido, Tavares: “A vida é o mais básico de todos os direitos [...]. É por isto, o direito humano mais sagrado.” (2008, p.527)

Bulos dispõe que: “Sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da Republica Federativa do Brasil não se realizam.” (2008, p.414)

Assim, a Constituição Federal de 1988, assegura o direito à vida, cabendo, portanto, ao Estado assegurá-lo sobre uma dupla perspectiva: primeiramente o direito de nascer e continuar vivo, depois o direito de se ter uma vida digna quanto à subsistência, o direito de se ter um adequado nível de vida. (MORAES, 2007, p.76)

Ainda nessa perspectiva, Tavares destaca:

Assim, inicialmente, cumpre assegurar a todos o direito de simplesmente continuar vivo, permanecer existindo até a interrupção da vida por causas naturais. Isso se faz com a segurança pública, com a proibição da justiça privada e com respeito, por parte do Estado, a vida de seus cidadãos. Ademais , é preciso assegurar um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana. Isso inclui o direito à alimentação adequada, à moradia, ao vestuário, à saúde, à educação, à cultura e ao lazer. O direito à vida se cumpre nesse último sentido, por meio de um aparato estatal que ofereça amparo à pessoa que não disponha de recursos aptos a seu sustento, propiciando-lhe uma vida saudável. (2008, p.527)

Assim, vale dizer, que o mais importante elemento do direito à vida, é a garantia de continuar vivo, pois através desse elemento tem-se a oportunidade se ter uma vida digna. Nesse sentido destaca Tavares: [...] é preciso assinalar o momento a partir do qual se considera haver um ser humano vivo [...], e nessa linha, o dever estatal de cunho constitucional, de mantê-la e provê-la. (2008, p.528)

#### 3.5.1.1 Do início da vida humana

Embora a Constituição Federal de 1988, assegure em seu artigo 5º *caput*, a inviolabilidade do direito a vida, ela não define a partir de que momento ela garante essa proteção. (Almeida, 2000, p.298)

Segundo Moraes, “o início dessa preciosa garantia constitucional deve ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal [...]” (2007, p.7)

Nesse aspecto ainda, destaca Tavares: “Em regra geral, pode-se dizer que o início desse direito é uma questão biológica.” (2008, P.528)

Franco, destaca três teorias postas em destaque como início da vida humana, quais sejam: a concepção/fecundação, a nidação e o início da atividade cerebral. (2006. p. 27)

- Teoria da Concepção (fecundação): Adotada pela Igreja católica a teoria da concepção consiste em defender a existência de vida humana desde o momento da concepção, ou seja, quando o espermatozóide fecunda o óvulo. (TAVARES, 2008, p.528)

No que se refere à fecundação, dispõe Franco: “A vida se inicia no momento em que o espermatozóide fecunda o óvulo, formando uma nova realidade que seria o zigoto.” (2006 ,p.27)

- Teoria da Nidação: Segundo Tavares: “A teoria da nidação exige, contudo, que haja a fixação do óvulo no útero.” (2008,p.529)

Completa Franco: “O início da vida que se refere a nidação, seria aproximadamente no décimo quarto dia partir da fecundação, que seria o processo final de fixação do ovo na mucosa uterina da mulher.” (2006, p.40)

- Teoria do início da atividade cerebral: “A atividade cerebral como início da vida, se dá no terceiro mês de gestação, com a constituição dos hemisférios cerebrais”. (FRANCO, 2006, p.41)

Com relação às teorias do início da vida, muitas são as divergências em razão da ausência de um critério legal sobre quando inicia-se a vida no processo de gravidez, omissão que propicia a indicação desses diferentes estágios de desenvolvimento.( FRANCO E STOCO, 2007, p.662)

A ausência de definição legal, acaba levando a maioria dos penalistas a se manifestar no aspecto de que a proteção da legislação com relação ao início da vida inicia-se a partir da concepção[...]. (FRANCO E STOCO, 2007, p.662)

Dispõe Moraes:

Do ponto de vista biológico, não há dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim demonstram os argumentos colhidos na Biologia. A vida viável, começa porém, com a nidação, quando se inicia a gravidez. (2007, p.76)

Embora existam diferentes teorias e divergências com relação ao início da vida, nada impede que o Direito confira a embriões a mesma proteção conferida à vida humana, concedendo-lhes, valor idêntico. (TAVARES, 2008, p.529)

Acrescenta Silva:

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro, ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano. (2007, p. 198)

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 protege todas as formas de vida, inclusive a uterina. (BULOS, 2008, p.414)

Assim, conclui Moraes: “Ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida”.(2007, p.77)

### 3.5.1.2 Dos direitos do nascituro

Nascituro é uma palavra derivada do latim *nasciturus* e significa “que deverá nascer, que está por nascer [...], ou ainda aquele que há de vir ao mundo, está concebido, mas cujo nascimento ainda não se consumou, aquele que ainda vai nascer.” (ALMEIDA, 2000, p.06)

O Código Civil Brasileiro garante proteção ao nascituro, como assim prevê em seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2004)

A primeira parte do artigo 2º do Código Civil, realça que a personalidade civil da pessoa inicia-se com o nascimento com vida, logo se tem a percepção de que se o recém nascido tenha respirado, ainda que por breves instantes, considera-se que tenha nascido com vida, e logo adquirido personalidade jurídica. (ALMEIDA, 2000, p.197)

Já a segunda parte do mesmo artigo segundo Almeida [...] “ reconhece que os direitos assegurados ao nascituro o são desde a concepção, o que justifica que desde esse momento e não do nascimento com vida seja ele titular de tais direitos.” (2000, p.198)

A Constituição Federal de 1988, considera inviolável o direito à vida, como assim expressa em seu artigo 5º *caput*, nesse sentido ela não abarca somente a vida independente, mais também a vida humana em formação no útero materno. (FRANCO E STOCO, 2007, p. 661)

Assim, tanto a expectativa de vida exterior (após o nascimento), quanto à expectativa de vida interior (dentro do útero materno) constituem um direito fundamental, qual seja o direito à vida e sem ele nenhum outro se realiza. (BULOS, 2008, p. 414)

No dizer de Robert:

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano. (1971, p.234 apud SILVA, 2008, p. 198)

Transcorrido sobre o direito à vida, inclusive intra-uterina, passa-se a analisar os demais direitos que compõem o tema<sup>4</sup>.

### 3.5.2 Do direito a dignidade da pessoa humana

Segundo Silva, “o Estado brasileiro, segundo o art.1º, tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”.(2008, p.104)

---

<sup>4</sup> Urge salientar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta a aplicação da teoria da concepção ou da fecundação, porquanto estabeleceu que os embriões humanos utilizados durante as técnicas de reprodução artificial não têm direito a serem objeto de nidação em ambiente uterino, o que afasta o caráter jurídico-constitucional da ideia de direito à vida desde a fertilização: "A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como 'direito ao planejamento familiar', fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da 'dignidade da pessoa humana' e da 'paternidade responsável'. (...) A opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever Constituição e o Supremo - Versão Completa :: STF - Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>[9/3/2011 17:37:09] jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à 'liberdade' (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, 'fruto da livre decisão do casal', é 'fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável' (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do 'planejamento familiar' na citada perspectiva da 'paternidade responsável'. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição." (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5- 2008, Plenário, DJE de 28-5-2010.) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3510, Relator Min. Ayres Britto, 2012).

Do mesmo sentido, dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º:

**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2005)

Nas palavras de Mendes, Coelho e Branco,:

[...] é adequado analisar a dignidade da pessoa humana como um dos princípios, desde logo considerado de valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional, em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988. (2008, p.150)

Nesse contexto, sendo um dos fundamentos do Estado brasileiro, salienta Silva, "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida." (2008, p. 105)

Moraes, disciplina que :

A dignidade da pessoa humana concede a unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de estado e Nação em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (2011, p. 24)

Este princípio agrega em torno de si, uma unanimidade de garantias e direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988. Quando o Constituinte proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor considerado supremo. Este princípio reflete em um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da pessoa. Seu acatamento representa uma vitória contra o preconceito, exclusão social, ignorância, opressão e intolerância. (BULOS, 2008, p.392)



### 3.5.3 Do direito a liberdade

Para Cretella Júnior, o direito de liberdade consiste em “poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem.”(2000, p.204)

“O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas”. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.359)

Mendes, Coelho e Branco, em sua doutrina mencionam algumas dessas varias liberdades, dentre elas a liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade de associação, liberdade de pensamento, liberdade de religião, liberdade de locomoção e liberdade de circulação, que serão relatadas a seguir.

#### 3.5.3.1 Liberdade de expressão

Sobre a liberdade de expressão, é relevante mencionar que “a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações do homem de todos os tempos”.( MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.359)

Segundo Mendes, Coelho e Branco:

A Constituição cogita da liberdade de expressão de modo direto no art. 5º, IV, ao dizer “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso XIV do mesmo artigo, em que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, e também no art. 220, quando dispõe que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Acrescenta, nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV,V,X,XIII, e XIV, e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.(2008, p.360)

“A liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre).” (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.360)

A liberdade de expressão inclui faculdades diversas, entre elas a de comunicação de pensamentos, de idéias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem, etc). (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.360)

### 3.5.3.2 Direito a liberdade de pensamento

“A liberdade de pensamento é a liberdade de foro íntimo do ser humano, que impede alguém de submeter outrem a seus próprios pensamentos”. (Bulos, 2008, p.436)

Está prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos IV, VI e no artigo 220 caput, vejamos:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV- É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

VI- É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

**Art. 220** A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (BRASIL, 2005)

A liberdade de pensamento ou de consciência tem relação com a questão do indivíduo formular idéias e juízos sobre ele mesmo e sobre o meio externo em que ele vive, não cabendo ao Estado interferir nessa esfera íntima do cidadão. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.413)

Completa Avelar:

A liberdade de pensamento não se limita ao indivíduo poder ter convicções íntimas. Isso por si dispensa a proteção do ordenamento jurídico, já que a consciência do homem é seu recinto mais esconso. O que a norma tutela neste caso é a possibilidade de o indivíduo externar suas idéias, bem como a maneira de fazê-lo. (2004, p.82)

A liberdade de pensamento é um direito adquirido pelo indivíduo devendo este utilizar-se desse direito de maneira lícita, evitando o abuso ou a ilegalidade. (AVELAR, 2004, p.82)

### 3.5.3.3 Liberdade de reunião

O direito de reunião está expresso no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVI- Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; (BRASIL, 2005)

O direito à liberdade de reunião está ligado diretamente à liberdade de expressão, bem como ao sistema democrático de governo, uma vez que a livre opinião pública é requisito fundamental para o controle do exercício do poder, sendo uma consequência da liberdade de expressão e também do direito de reunião. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.393)

Trata-se de um direito individual, temporal, e de exercício coletivo, uma vez que é um direito que pressupõe um agrupamento de pessoas. Porém, não basta que haja um agrupamento de pessoas com certa liderança para que se configure a figura jurídica de reunião. As pessoas que dela participam devem estar unidas para busca de um fim, para alcançar um determinado objetivo, seja político, religioso, artístico ou filosófico. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 395)

#### 3.5.3.4 Direito a liberdade de associação

As associações surgem quando pessoas coligam-se entre si, sob uma direção comum e de caráter estável, para fins lícitos, não havendo número mínimo de pessoas. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.401)

O direito a liberdade de associação está expressamente no texto Constitucional no artigo 5º, incisos, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, senão vejamos:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVII- É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII- A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX- As associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX- Ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI- As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (BRASIL, 2005)

Segundo Mendes, Coelho e Branco, “a liberdade de associação presta-se a satisfazer necessidades varias dos indivíduos, [...]”. (2008, p.401)

“A liberdade de associação é um direito dotado de autonomia com relação aos objetivos que pode vir a buscar satisfazer”. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 401)

Diferentemente da liberdade de reunião em que é indispensável o encontro físico de indivíduos em um mesmo local, a liberdade de associação as pessoas se unem de modo estável e o elemento espacial é irrelevante, podendo as pessoas se comunicar por intermédio de cartas, telefone, etc. (MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p.404)

### 3.5.3.5 Direito a liberdade de religião

A liberdade religiosa se inclui entre as liberdades espirituais, compreendendo três formas de expressão: a liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa. (SILVA, 2011, p.248)

- Liberdade de crença: segundo Bulos, é a liberdade de acreditar ou não em algo, ela engloba o direito de escolher a sua própria religião, ou até mesmo o direito de não seguir religião alguma. (2008, p.436)

Esta expressa na CRFB/88, no artigo 5º, incisos VI e VIII:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI- É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

[...]

VIII- Ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (BRASIL, 2005)

Por ser o Brasil um Estado leigo, laico ou não confessional, ou seja, não possui religião certa e definida, o limite da liberdade de crença situa-se no campo do respeito mútuo, não podendo prejudicar outros direitos. (BULOS, 2008, p.437)<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Por este motivo, o artigo 19, inciso I, da Constituição da República, estabelece que é vedado aos Entes Federativos brasileiros “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-

- Liberdade de Culto: segundo Bulos, liberdade de culto “é o modo como as religiões exercitam suas liturgias, ritos, cerimônias, manifestações, hábitos, tradições, etc., que são invioláveis”. (2008, p.437)

A CRFB/88 garante a liberdade de culto, bem como a proteção aos locais em seu artigo 5º, inciso VI:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI- É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias; (BRASIL, 2005)

A liberdade de culto não é ilimitada, embora no Brasil todas as religiões possam exercê-la, ela somente possui seu exercício legal e legítimo, desde que não perturbe a ordem, a paz, a tranquilidade e o sossego público. (BULOS, 2008, p.437)

- Liberdade de Organização Religiosa: “essa liberdade diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado”. (SILVA, 2011, p.250)

Como não há igreja oficial, elas acabam por funcionar como pessoas jurídicas nos termos da lei civil. O Estado não pode proibir a sua criação e o seu funcionamento, porém pode auxiliá-las ou subvencioná-las, sendo até razoável certa colaboração, desde que o Estado preserve a igualdade de tratamento entre todas as religiões. (AVELAR, 2004, p.87)

### 3.5.3.6 Direito a liberdade de locomoção e liberdade de circulação

Conforme Silva, “a liberdade de locomoção constitui o cerne da liberdade da pessoa física no sistema jurídico”. (2011, p.237)

Direito expressamente consagrado no artigo 5º, inciso XV, vejamos:

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XV- É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; (BRASIL, 2005)

---

lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. (Brasil, 2005)

“Assim, a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e de permanecer, sem necessidade de autorização”. (SILVA, 2011, p.238)

Já a liberdade de circulação é manifestação característica da liberdade de locomoção, porém “consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público”.(SILVA, 2011, p.239)

Essas inúmeras liberdades até então citadas são algumas das várias que possuímos em nosso ordenamento jurídico, acrescentando a estas a liberdade das mulheres diante do planejamento familiar, o qual será abordado adiante.

### 3.5.3.7 Da liberdade das mulheres ao planejamento familiar e aos direitos reprodutivos

A liberdade das mulheres ao planejamento familiar é um direito consagrado constitucionalmente, estando expresso na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 §7:

**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
[...]

**§ 7º** - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 2005)

Regulamentando ainda o artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988, podemos citar os artigos 1º, 2º e 3º da Lei 9263/96 referente ao planejamento familiar, senão:

**Art. 1º** O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

**Art. 2º** Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

[...]

**Art. 3º** O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, (BRASIL, 2008)

A Constituição Federal de 1988 vem permitindo avanços no que diz respeito ao planejamento familiar e aos direitos reprodutivos no contexto nacional, estabelecendo para tanto a autonomia reprodutiva que permite a toda pessoa, principalmente a mulher, decidir livremente sobre a quantidade, espaçamento e

oportunidade de filhos que vai ter, utilizando-se assim do princípio da liberdade, no qual a mulher escolhe se quer ter ou não filhos, usufruindo assim do seu direito à liberdade reprodutiva. (VENTURA, 2009, p.254-256)

Ainda nesse contexto, o Código Civil estabelece em seu artigo 1565, §2º:

**Art. 1565.** Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

**§2º.** O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado a qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL, 2004)

No que se refere ao planejamento familiar, podemos citar ainda a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979, no qual o Brasil faz parte como Estado-Membro, que determina em seu artigo 12:

Art. 12. Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas esferas dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar. (PGE, 2012)

Nesse sentido Piovesan:

À luz do disposto no artigo 12 da Convenção, já surgem os delineamentos iniciais dos direitos reprodutivos, como direitos que exigem um duplo papel do Estado: a) eliminar a discriminação contra a mulher nas esferas da saúde e b) assegurar o acesso a serviços de saúde, inclusive referentes ao planejamento familiar. (2012)

Os direitos reprodutivos das mulheres são direitos humanos que foram reconhecidos a partir de 1994 com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo. Esta por sua vez, estabeleceu relevantes princípios referentes aos direitos reprodutivos, merecendo destaque, conforme Piovesan (2012), o seu princípio 4 vejamos:

Promover a equidade e a igualdade dos sexos e os direitos da mulher, eliminar todo tipo de violência contra a mulher e garantir que seja ela quem controle sua própria fecundidade são a pedra angular dos programas de população de desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher, das meninas e jovens fazem parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena participação da mulher, em igualdade de condições na vida civil, cultural, econômica, política e social em nível nacional, regional e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação por razões do sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional.

Piovesan (2012) discorre ainda que “a Conferência do Cairo realça ainda que as mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como o direito a informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas” [...].

Referente às legislações pertinentes ao assunto, discorre Ventura:

As leis ao longo do século têm uma preocupação especial na regulação das relações familiares e da procriação. A importância da instituição da família para organização da sociedade é incontestável na grande maioria das culturas e sistemas legais. Essas disposições atinentes a família, filiação e o casamento são centrais na discussão dos Direitos Reprodutivos, pois concentram regras sociais seculares sobre o exercício da sexualidade e da reprodução. (2009, p.252)

No que tange os direitos reprodutivos discorre Ávila M.B. (2012):

A noção de Direitos Reprodutivos se constrói a partir da prática política das mulheres em torno de sua demanda na esfera reprodutiva. No século XIX e na primeira metade do século XX, aparecem na cena pública os movimentos por direitos no feminino, que reivindicavam acesso à educação e ao voto, centrados na busca da Igualdade. É também desse período a movimentação em torno do direito à regulação da fecundidade como um assunto de ordem política, constituindo-se, assim, em um novo campo de enfrentamento no processo histórico de construção da cidadania. Antes, as mulheres agiram no sentido de ter em mãos o controle do seu próprio corpo, da sua fecundidade e saúde. A expressão pública dessa ação está contextualizada dentro do processo político da construção da modernidade. A formalização da idéia em termos de direitos reprodutivos é bastante recente e considero que pode ser entendida como urna redefinição do pensamento feminista sobre a liberdade reprodutiva. Por muito tempo as questões referentes às mulheres foram postas como pontos separados de uma agenda que privilegiava a luta pela descriminalização do aborto e o acesso à contracepção. A concepção e o exercício da maternidade eram possibilidades que, do ponto de vista moral, já estavam dadas, inclusive como prerrogativas fundamentais ou essenciais da existência das mulheres, implícita nessa nova abordagem para o comportamento reprodutivo, está à crença de que a sexualidade é também uma instância da vida a ser exercida com liberdade e autonomia.

É importante destacar, como já mencionado, que inicialmente os direitos reprodutivos são direitos humanos, devendo ser garantidos independentemente de raça, sexo, origem ou condição. (VENTURA, 2009, p.35)

Nesse contexto dispõem a Lei 11.340/06 em seus artigos 2º e 3º:

**Art. 2º** Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

**Art. 3º** Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao



trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2008)

Os direitos humanos, em geral, acabam sendo incorporados nas leis constitucionais como direitos fundamentais, contando com garantias específicas para sua efetivação. Assim, os direitos reprodutivos como direitos humanos “tem por objetivo reduzir as violações à autonomia pessoal, integridade física e psicológica de que são alvo indivíduos e coletividades, e garantir os meios necessários para o ser humano alcançar seu bem-estar sexual e reprodutivo.” (VENTURA, 2009, p.56)

Nesse aspecto, destaca Ventura:

Os direitos reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza. (2009, p.19)

Assim, como já mencionado, a mulher esta legalmente amparada, possuindo direito ao planejamento familiar e autonomia sobre os seus direitos reprodutivos. Para isso, inúmeros são os métodos contraceptivos utilizados por ela para evitar uma gravidez indesejável, tais como, a pílula, a pílula do dia seguinte, os dispositivos intra-uterinos (DIUs), dentre outros ainda podemos citar o aborto, que será abordado no decorrer do próximo capítulo.

## 4 DO ABORTO

### 4.1 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

O aborto encontra-se especificado na Parte Especial do Código Penal no Título I, dos crimes contra a pessoa, especificamente no capítulo I, dos crimes contra a vida. O crime de aborto está especificado entre os artigos 124, 125, 126, 127 e 128, vejamos:

#### **ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU CONSENTIMENTO**

Art.124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena- detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

#### **ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO**

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena- reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena- reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

#### **FORMA QUALIFICADA**

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art.128. Não se pune aborto praticado por médico:

#### **ABORTO NECESSÁRIO**

I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

#### **ABORTO NO CASO DE GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO**

II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 2008)

Nesse contexto, como destaca Delmanto, podem ser apontadas seis figuras:

“a. aborto provocado pela própria gestante ou auto-aborto (art. 124, primeira parte); b. consentimento da gestante que outrem lhe provoque o abortamento (art. 124, segunda parte); c. aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125); d. aborto provocado por terceiro com o consentimento ou consensual (art. 126); e aborto qualificado (art. 127); f. aborto legal (art. 128), que é impunível”. (2007, p.373)

Registrada sua fundamentação legal, passamos a analisar o conceito de aborto.

## 4.2 CONCEITO DE ABORTO

Embora o termo técnico correto seja “abortamento” o termo comum utilizado é a expressão “aborto”, que em sentido amplo significa a interrupção de uma gravidez. (VERARDO, 1987, p.23)

Acrescenta Nucci, o aborto “é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do tempo normal, causando a morte do feto ou embrião”. (2010, p.629)

Acrescenta Ventura, “é a interrupção da gravidez provocada pela gestante ou realizada por terceiro, em qualquer momento do ciclo da gestação, com ou sem expulsão do feto, e que resulte na morte do conceito. (2009, p.144)

Segundo Franco e Stoco, “o vocábulo aborto, para efeitos penais, tem significado de interrupção dolosa da gravidez e morte do feto”. (2007, p.662)

Destaca Verardo:

Alguns obstetras delimitam o tempo de gestação para definir o aborto: até a 22ª semana da gravidez; a interrupção após esse período é considerada parto prematuro e se houver óbito do feto, este é considerado natimorto. Ou seja, até os cinco meses e meio de gravidez a expulsão do feto é considerada aborto, pela medicina; dos cinco meses e meio em diante, parto prematuro. Verificamos, no entanto, que a grande maioria dos abortos obedece a um prazo bastante menor que as 22 semanas delimitadas pelos obstetras. (1987, p.23).

Nesse sentido complementa Hungria:

O Código, ao incriminar o aborto, não distinguiu entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez, antes de seu tempo normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica) provocar a sua interrupção é cometer crime de aborto. (1955, p.277 apud FRANCO E STOCO, 2007, p. 662)

Acrescenta Prado:

O estágio de evolução do ser humano em formação não importa para a caracterização do aborto. Dessa forma, é objeto material do crime o produto vivo da concepção, em qualquer fase de seu desenvolvimento. Segundo o estágio de desenvolvimento do produto da concepção, o aborto se distingue em ovular, se praticado nos dois primeiros meses de gestação; embrionário, se perpetrado no terceiro ou no quarto mês de gestação; e fetal, quando praticado no quinto mês de gravidez em diante. Mas fixa que o termo inicial para prática do delito em exame é, portanto o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. todavia sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno (nidação). Destarte, o aborto tem como limite mínimo necessário para sua existência a nidação, que ocorre cerca de quatorze dias após a concepção. O termo final é o início do parto, que, conforme examinado, é

marcado pelas contrações da dilatação (parto normal) ou com o início dos procedimentos cirúrgicos (cesariana). (2007, p.112-113 apud Franco e Stoco, 2007, p.663)

Como já foi destacado no decorrer deste trabalho são inúmeras as divergências a respeito de quando se inicia a vida humana, nesse sentido destacam Franco e Stoco, “a ausência de definição legal leva a maioria dos penalistas a se manifestar no sentido de que a proteção legal inicia-se a partir da concepção, evoluindo até o início do parto” [...], e em qualquer fase desse desenvolvimento interromper esse processo de forma dolosa é cometer o crime de aborto. (2007, p.662)

Assim para que haja o crime de aborto se faz necessária a comprovação da gestação, uma vez que o crime de aborto é um crime contra a vida, que implica em matar o feto ou embrião. Se o feto ou o embrião não existe, ou já estava morto, trata-se de crime impossível, logo não há caracterização do crime de aborto. (NUCCI, 2010, p.630)

Passamos a analisar as diferentes modalidades de aborto.

#### 4.3 ESPÉCIES DE ABORTO

Segundo Nucci, o aborto pode ser classificado em seis diferentes formas: aborto natural; aborto acidental; aborto criminoso; aborto eugênico; aborto econômico-social e aborto permitido ou legal. (2010, p.629), vejamos:

##### **4.3.1 Aborto natural**

Essa modalidade de aborto não é constituída como crime, ocorre quando a gravidez é interrompida por motivos patológicos que ocorrem de maneira espontânea. (NUCCI, 2010, p.629)

Podem ser espontâneos se a interrupção ocorrer em decorrência de fatores naturais, sem a interferência externa. (VERARDO, 1987, p.23-24)

##### **4.2.1 Aborto acidental**

Assim como no aborto natural, o aborto acidental não constitui crime, uma vez que ocorre a cessação da gravidez mediante causas exteriores e traumáticas, como quedas e choques. (NUCCI, 2010, p.629)

### 4.3.3 Aborto criminoso

O aborto criminoso ocorre quando há interrupção forçada e voluntária da gravidez, quando existe dolo, ocasionando assim a morte do feto. (NUCCI, 2010, p.629)

Essa modalidade de aborto é classificada como ilegal, estando sujeita a varias sanções, especificadas nos artigos, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal (Verardo, 1987, p.27), vejamos:

#### **ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE OU COM SEU CONSENTIMENTO**

Art.124. Provocar aborto em sim mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena- detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

#### **ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO**

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena- reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena- reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

#### **FORMA QUALIFICADA**

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

### 4.3.4 Aborto eugênico

O aborto eugênico “é a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos.” (NUCCI 2010, p.124)

Esta modalidade de aborto é ilegal no Brasil estando sujeita às sanções especificadas no Código Penal. (VERARDO, 1987, p.25)

### 4.3.5 Aborto econômico-social

Segundo Nucci, “o aborto econômico-social é a cessação da gestação, causando a morte do feto, por razões econômicas ou sociais”. Essa forma de aborto no Brasil constitui crime e ocorre quando a mãe não tem condições de cuidar do

filho, seja porque não recebe assistência do Estado, seja porque possui família numerosa. (2010, p.629)

#### 4.3.6 Aborto permitido ou legal

O Código Penal prevê em seu artigo 128 duas hipóteses em que não há punição do aborto, vejamos:

Art.128. Não se pune aborto praticado por médico:

**ABORTO NECESSÁRIO**

I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

**ABORTO NO CASO DE GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO**

II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 2008)

A regra geral é a ilegalidade do aborto, logo sua punição, ocorre que excepcionalmente o Código Penal permite essas duas exceções, tornando nessas situações a prática do aborto lícita. (FRANCO E STOCO, 2007, p.669)

A respeito dessa modalidade de aborto dispõe Nucci, “ é a cessação da gestação, com a morte do feto, admitida por lei.” Esta forma dividi-se em aborto terapêutico ou necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e aborto sentimental ou humanitário (quando a gravidez é decorrente de estupro). (2010, p.629)

Dentre as espécies de aborto legal, pode-se citar o aborto de feto anencéfalo. É a modalidade mais recente tendo sido aprovada pelo Supremo Tribunal Federal no dia 12/04/2012 por oito votos a dois.

Vejamos mais detalhadamente as espécies de aborto legal.

##### 4.3.6.1 Espécies de aborto legal

###### 4.3.6.1.1 Aborto Terapêutico ou necessário

Estabelecido no artigo 128, inciso I do Código Penal é lícita a sua prática, quando não há nenhum outro meio de salvar a vida da gestante, a não ser pela prática do aborto. (FRANCO E STOCO, 2007, p.669)

Segundo Nucci, “trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade. Entre os dois bens que estão em conflito (vida da gestante e vida do feto ou embrião), o direito fez clara opção pela vida da mãe.” (2010, p.633)

Neste caso, somente é exigível a comprovação da constatação do perigo de vida ao qual esta sujeita a gestante, bem como a inexistência de outro meio para salvá-la se não a prática do aborto. Se houver a comprovação desses dois pressupostos não é necessário o prévio consentimento da gestante ou de seus representantes legais para a prática do aborto. (FRANCO E STOCO, 2007, p.669)

#### 4.3.6.1.2 Aborto de Feto Anencéfalo

A decisão proferida na ADPF 54 acrescentou uma nova modalidade que exclui a hipótese de crime de aborto, qual seja, quando se tratar de feto anencéfalo. (SCHULZE, 2012)

Aprovado por oito votos a dois, o Supremo Tribunal Federal no dia 12/04/2012 decide pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº. 54), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Deste modo ficou decidido que mulheres que estão grávidas portando em seu ventre fetos anencéfalos (ausência de partes do cérebro) possuem permissão para abortar, excluindo desse modo, a existência de crime. (SCHULZE, 2012)

A maioria dos Ministros do STF entendeu que um feto com anencefalia é um natimorto, não existindo possibilidade de vida. Assim, seria degradante submeter à mulher a uma gestação sem expectativa de vida. (SCHULZE, 2012)

Em resumo, foram utilizados os seguintes argumentos:

- **Min. Marco Aurélio** (relator): o feto anencéfalo é incompatível com a vida e por isso não é proporcional defender o feto – que não vai sobreviver – e deixar sem proteção a saúde da mulher – principalmente a mental;
- **Ministra Rosa Weber**: deve-se proteger a liberdade individual e de opção da gestante, pois não há interesse jurídico na defesa de um feto natimorto;
- **Ministro Luiz Fux**: o Código Penal é da década de 1940 e na época não era possível prever e identificar um feto anencéfalo. Atualmente, trata-se de uma questão de saúde pública que deve ser respeitada em prol da mulher.
- **Ministra Cármen Lúcia**: considerando que o feto não tem viabilidade fora do útero, deve-se proteger a mulher, que fica traumatizada com o insucesso da gestação.
- **Ministro Ayres Britto**: afirmou que todo aborto é uma interrupção da gestação, mas nem toda interrupção de gestação é um aborto, de modo que não se pode impor à mulher o martírio de gestar um feto anencéfalo.
- **Ministro Gilmar Mendes**: a interrupção da gestação, no caso, tem por finalidade proteger a saúde da gestante e o legislador do Código

Penal não possuía elementos para a identificação da anencefalia na gestação.

- **Ministro Lewandowski:** votou pela improcedência do pedido, entendendo que o STF não possui legitimidade para deliberar sobre o caso, apenas o Congresso Nacional, por meio de lei.
- **Ministro Joaquim Barbosa:** acompanhou o voto do relator.
- **Ministro Celso de Mello:** não se trata do aborto previsto no Código Penal, pois o feto sem cérebro não está vivo e sua morte não tem por origem alguma prática abortiva.
- **Ministro Cezar Peluso:** votou pela improcedência do pedido, afirmando que o feto anencéfalo é um ser vivo e, por conseguinte, a interrupção da gestação caracteriza o aborto.
- **Ministro Dias Toffoli:** não participou do julgamento, pois atuara na condição de Advogado Geral da União. (SCHULZE, 2012)

Nesse sentido a os Ministros realçaram que o aborto se trata de um crime contra a vida e no caso de feto anencéfalo não existe expectativa de vida uma vez que este é considerado natimorto, logo se não há vida não existe a possibilidade de crime de aborto. (SCHULZE, 2012)

#### 4.3.6.1.3 Aborto Decorrente de Estupro

Especificado no artigo 128, inciso II do Código Penal também é conhecido como aborto sentimental ou humanitário. Nesse caso a mulher possui a autorização legal para interromper a gravidez quando esta tiver decorrido de estupro.

O Código Penal em seu artigo 213 define estupro:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Pena- reclusão, de 6 (seis) A 10 (dez) anos.

§ 1º. Se a conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (quatorze) anos:

Pena- reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º. Se a conduta resulta morte:

Pena- reclusão, de 12 (doze ) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2008)

Conforme a Lei 8072/90, em seu artigo 1º, inciso V, o estupro é um delito classificado como hediondo, vejamos:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940- Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

V- estupro; (BRASIL, 2008)

Destaca Hungria:



O estupro é um grave crime de violência sexual, punido com pena de seis a dez anos. Nada se justifique que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa; que se dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. (1955, p. 304)

O estupro é um crime praticado contra a liberdade sexual, no qual a pessoa é constrangida, forçada, coagida a obter conjunção carnal ou outro ato libidinoso. (NUCCI, 2010, p.906-907)

A mulher vítima de estupro que conseqüentemente engravidou é amparada legalmente possuindo o direito de abortar. Isso se dá pelo fato da violência sexual sofrida, não sendo a mulher vítima deste crime hediondo, obrigada a manter em seu ventre o produto da concepção indesejada. (NUCCI, 2010, p. 629)

É importante destacar que dentre as conseqüências da violência sexual, a gravidez se destaca pela complexidade das reações psicológicas, biológicas e sociais que acaba determinando. Para muitas mulheres a gravidez indesejada é encarada como uma segunda violência, que muitas vezes é intolerável. (BRASIL, M.S., p. 41, 2005)

A mulher que foi violentada e esta grávida, bem como as adolescentes e seus representantes legais, devem ter seus direitos esclarecidos, quanto ao destino da gestação bem como as possibilidades que são legais de interrupção, expressamente declaradas no artigo 128 , II do Código Penal. É importante esclarecer que as mulheres que querem manter a gestação até o seu término possuem garantidos os cuidados pré-natais apropriados para a situação. Nesse aspecto também devem receber informações sobre as alternativas após o nascimento da criança, que incluem a escolha de permanecer com a criança e inseri-lá na família, ou proceder com os mecanismos legais para doação. (BRASIL, M.S., p. 41-42, 2005)

A mulher que optar pelo aborto não necessita de nenhum documento para a prática do mesmo, a não ser o seu consentimento escrito que deverá ser anexado ao prontuário médico, ou se incapaz, de seu representante legal. O Código Penal não exige documentos para a prática do abortamento, assim a mulher que foi vítima da violência sexual não tem o dever de noticiar o fato à polícia. Nesse caso presume-se que a mulher que busca o serviço de saúde afirmando ter sido violentada sexualmente, possui credibilidade, ética, devendo ser recebida e atendida com presunção de veracidade, uma vez que o objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde. (BRASIL, M.S., p. 42, 2005)

#### 4.3 ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO E A LIBERDADE DAS MULHERES FRENTE AO DIREITO A VIDA

A violência contra a mulher é um fenômeno que ocorre mundialmente, atingindo todas as classes sociais, religiões, raças e culturas, abrangendo as populações com diferentes níveis de desenvolvimento econômico e social. (BRASIL, M.S., p.07, 2005)

O Ministério da Saúde, por meio da Secretária de Atenção à Saúde/Área Técnica de Saúde da Mulher explica:

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define violência como “o uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação”. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará/ONU considera como violência contra mulher “todo ato baseado no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública ou privada”. (BRASIL, 2005, p.07)

A violência contra a mulher mais especificamente a violência sexual pode ocasionar problemas como doenças sexualmente transmissíveis, problemas psicológicos ou então submeter à mulher a uma gravidez indesejada. (BRASIL, M.S.,p.08, 2005)

Entre as várias conseqüências que a violência sexual pode resultar, a gravidez indesejada destaca-se pela complexidade das reações biológicas, sociais e psicológicas que determina. A gravidez indesejada fruto da violência sexual, é encarada para muitas mulheres como uma segunda violência muitas vezes intolerável. (BRASIL, M.S., p.41, 2005)

Nesse sentido, pelo inciso II do artigo 128 do Código Penal a mulher está autorizado a realizar o chamado aborto sentimental (ético ou humanitário), que é aquele que pode ser praticado por ter a gravidez resultado de estupro. Nesse passo entende-se que quando a mulher é vítima de um estupro e como conseqüência tem uma gravidez indesejada, há a necessidade quando autorizado por ela, da realização do aborto. “Justifica-se a norma permissiva porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado”. (CABETTE, 2012)

Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, afirma o direito à vida como garantia fundamental e inviolável, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (BRASIL, 2005)

No mesmo passo, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), art. 4º,1: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente." (PGE, 2012)

Embora a Constituição Federal de 1988, assegure a inviolabilidade do direito à vida, ela não define a partir de que momento garante essa proteção. (ALMEIDA, 2000, p.298)

Assim entende-se que a Constituição Federal de 1988 não abarca somente a vida independente, mas também a vida humana em formação no útero materno. (FRANCO E STOCO, 2007, p. 661)

A vida em geral é uma premissa indiscutível. Preservá-la constitui nosso primeiro dever, uma vez que a partir da vida que nascem os demais direitos. Porém, o direito à vida não pode ser visto como um direito absoluto, pois existem situações extraordinárias em que esse direito se torna insustentável. A chave jurídica da questão é que ninguém pode dela ser privado arbitrariamente. Isso significa que o debate sobre o aborto no Brasil só pode ser travado dentro da equação regra-exceções. (GOMES, 2012)

Em regra o aborto é proibido, porém em hipóteses excepcionais pode ser permitido. O Código Penal brasileiro em seu artigo 128, inciso II prevê duas situações em que o aborto é permitido: para salvar a vida da gestante e em caso de estupro com o consentimento desta ou - se incapaz - de seu representante legal. (GOMES, 2012) Além destas duas hipóteses podemos mencionar ainda o aborto de feto anencéfalo, que foi aprovado pelo STF recentemente.

Retomando a questão do estupro, a mulher não teria uma vida digna se tivesse que suportar uma gravidez resultante de estupro. (GOMES, 2012)

Nesse aspecto vale lembrar que a Constituição Federal de 1988, assegura o direito à vida, e cabe ao Estado assegurá-lo sobre uma dupla

perspectiva: primeiramente o direito de nascer e continuar vivo, depois o direito de se ter uma vida digna. (MORAES, 2007, p.76)

Assim, para respeitar a vida (ou a vida digna) é que nosso Código Penal permite o aborto. O nascituro deve ser respeitado, mas a vida (ou vida digna) da mulher grávida também, uma vez que ela possui direito ao planejamento familiar, não sendo obrigada a gerar uma criança fruto de uma violência sexual. (GOMES, 2012)

É bem verdade que a vida humana que se desenvolve no útero materno não tem qualquer responsabilidade pelos atos ilícitos daquele que a gerou. Nesse mesmo aspecto, a mulher que também é vítima não possui obrigação de levar adiante uma gravidez que lhe traga recordações da violência a qual foi submetida. (CABETTE, 2012)

Reforçando esta idéia Ventura destaca, que a mulher possui autonomia reprodutiva permitindo que ela decida livremente sobre a quantidade, espaçamento e oportunidade de filhos que vai ter. (2009, p.254-256)

Assim sendo, percebe-se que o nascituro possui o direito à vida, porém em algumas circunstâncias está obrigado a ceder sua própria vida para satisfazer o que lhe é exigido por sua genitora, que se encontra amparada por lei. (TERCEIRO, 2012)

#### 4.4 DA JURIDICIDADE DO LEGISLADOR DE TORNAR LÍCITA A OPÇÃO DO ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO

A discussão envolvendo o tema aborto é uma das mais tormentosas, pois envolve conceitos jurídicos e a discussão sobre o direito à vida, quando ela se inicia e se em algum momento pode ser interrompida. (EXNER, 2012)

O aborto em regra é ilícito, porém existem as exceções que envolvem o aborto legal, e dentre estas podemos encontrar o aborto decorrente de estupro, que é uma modalidade que está prevista no Código Penal em vigor, diploma legislativo dos anos 40. (EXNER, 2012)

Nesse aspecto é possível notar que desde os anos 40, o legislador optou em permitir o aborto decorrente de estupro, e nesse sentido denota Exner (2012):

É de se notar que mesmo naqueles tempos conservadores, o legislador houve por bem permitir o aborto decorrente de estupro, seguramente porque sensível à dor e desespero da mulher que, vítima de tão brutal

violência, vê-se, ainda, na terrível contingência de carregar ao longo de 9 meses, 9 penosos meses, o fruto de um ato cuja lembrança e memória só podem gerar profunda dor.

Nesse sentido a legislação penal permite que a mulher vítima de estupro realize o chamado aborto sentimental, ético ou humanitário. Para aqueles que apoiam a legislação, utilizam-se do argumento que não é humano submeter a mulher a uma gravidez que foi resultado de uma violência sexual, um ser que não foi gerado com amor e que não é desejado. (SILVA E GODOY, 2012)

Outros, entretanto, são desfavoráveis à prática do aborto decorrente de estupro, e utilizam-se do argumento que a violência sexual como fator gerador de uma gravidez indesejável, não é argumento suficiente para justificar a destruição de uma vida inocente. Realçam ainda, que são direitos opostos em jogo, de um lado à dignidade da mulher e a angústia vivida por esta, e de outro o direito à vida do ser gerado, porém, a destruição da vida de um ser inocente é algo fatal e irreversível, enquanto a angústia e a dignidade da mulher com o passar do tempo e com o devido tratamento da ciência médica e sua terapêutica podem ser superados. (SILVA E GODOY, 2012)

Diante do tema em debate é perceptível que há um choque entre direitos fundamentais, ou melhor, entre princípios constitucionais que podem ser considerados como alicerces da nossa Constituição. De um lado o direito à vida a todos assegurados após a concepção, onde a partir dele adquirimos os demais direitos, e do outro a dignidade da pessoa humana que é considerada um dos fundamentos da República Brasileira e busca por uma vida humana à salvo de todo tipo de dor e injustiça. (TAGLIAFERRO, 2012)

O direito à vida esta expressamente consagrado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, não podendo ser alterado nem mesmo por emenda constitucional, pois é cláusula pétrea. Contudo não basta simplesmente ter o direito a vida, é necessário usufruir dessa vida com dignidade. (TAGLIAFERRO, 2012)

No caso do aborto decorrente de estupro se a gravidez é interrompida estaria sendo infringido o direito fundamental a vida intrauterina do feto, tendo em vista que a vida é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde a concepção, uma vez que o Brasil incorporou ao sistema constitucional a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual tutela a vida desde o momento da concepção. Por outro lado, se a gestação for mantida até o seu término, estariam sendo violados os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito a saúde

psíquica da gestante, sua liberdade sexual, bem como sua autonomia da vontade diante do planejamento familiar, uma vez que ela foi vítima de uma violência sexual. (LYRA, 2012)

Igualmente, percebe-se que há um conflito entre direitos fundamentais do feto e da gestante, não havendo a possibilidade de proteção incondicional de um deles, sem restringir o direito do outro, pois são direitos que no caso específico estão contrapostos, de um lado o direito à vida do nascituro e do outro a dignidade da mulher, bem como sua saúde psíquica e sua autonomia familiar. (LYRA, 2012)

Nesse sentido Tagliaferro (2012), “direitos que naturalmente se completam, agora se conflitam, reclamando conciliação por parte do intérprete e operador do Direito para preservar seus núcleos mínimos de existência.”

Nota-se que no caso em questão existe uma colisão entre direitos que são consagrados como princípios fundamentais, na qual deve ser observada e discutida atentamente sob a ótica das normas constitucionais vigentes em nosso ordenamento jurídico. (LYRA, 2012)

Segundo Abreu (2012), existe colisão, um conflito de direitos fundamentais quando, no exercício de um direito por parte de seu titular houver uma colisão com o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular.

Nesses casos, quando ocorre conflitos entre direitos fundamentais, a solução para este é a utilização da técnica da ponderação, na qual é observado o caso concreto e ponderado o valor de tais direitos em conflito naquela circunstância. (ABREU, 2012)

É através da técnica da ponderação e observância do princípio da proporcionalidade que o operador de direito deve pautar sua atividade de interpretação. Mas a grande dificuldade da questão é observar qual o ponto de equilíbrio entre o direito à vida e o direito a dignidade da pessoa humana, que neste caso estão em aparente conflito. (TAGLIAFERRO, 2012)

A princípio, se afirma que a vida deve sempre prevalecer, pois esta é o maior bem humano e constitui pré-requisito para a existência das outras espécies de direito. (TAGLIAFERRO, 2012)

Contudo, não basta apenas garantir a vida como mera existência ou subsistência, mais sim deve ser garantida com plena dignidade. Assim, percebe-se que o direito a vida e a dignidade ora em contraposição se completam e são

considerados núcleos essenciais de onde se originam os demais direitos humanos. (VOLPI E AMARAL, 2012)

No caso do aborto resultante de estupro, o direito à vida do feto e os direitos da mulher, tais como sua liberdade sexual e reprodutiva e seu direito a dignidade humana entram em conflito. “É o caso da chamada colisão de direitos fundamentais”. (CUELLAR, 2012)

Observando essa colisão entre direitos fundamentais é necessário levar em consideração o peso relativo dos direitos em conflito no caso concreto, uma vez que no caso do aborto decorrente de estupro encontram-se em conflito o direito a dignidade da mulher que já possui vida em sua plenitude e o direito à vida do feto. (CUELLAR, 2012)

Acrescenta Barroso:

Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. (2008, p.32)

Completa Cuellar (2012):

Por isso, por meio do princípio da proporcionalidade será indicado qual direito que na situação concreta está mais ameaçado de sofrer uma lesão mais gravosa caso venha ceder frente a outro, devendo por isso prevalecer. É este o caso de conflito entre o princípio da dignidade da mulher gestante frente à vida e futura dignidade do feto.

O princípio da proporcionalidade como método para solução de conflito entre princípios e direitos fundamentais é considerado hoje como axioma do direito constitucional. Este princípio não confere hierarquia absoluta de um princípio sobre o outro, ao contrário, ele assegura a aplicação das normas em colisão, na qual uma delas será preterida ou atenuada em busca da melhor justiça para o caso estudado. (CUELLAR, 2012)

A vida é consagrada como direito fundamental, sendo assim garantida constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico como bem inviolável e protegida pelo Estado, uma vez que é a partir dela que temos suporte para usufruirmos de todos os demais direitos. Contudo, o direito à vida deve ser analisado sob duas formas, primeiramente o direito de nascer e depois o direito a uma existência na qual

o indivíduo possa exercer os demais atributos da pessoa humana com dignidade. Assim percebe-se que a Constituição de 1988 ao citar em seu artigo 5º, a inviolabilidade do direito a vida, ela não abarca apenas o direito de nascer, mais também o direito a uma vida digna. (LEME, 2012)

Entretanto, ainda que o direito a vida tenha relevante importância jurídica, ele não possui caráter absoluto, uma vez que ao analisar a vida sob seus dois aspectos, percebe-se que esse direito caminha ao lado de outro direito tão importante quanto, qual seja, a dignidade da pessoa humana. (LEME, 2012)

Considerado como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana possui valor absoluto no sentido de balizar as relações entre diferentes direitos fundamentais. (LEME, 2012)

Nesse mesmo aspecto completa Leme (2012):

Ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado de Direito Democrático e Social, o legislador explicita o seu papel fundamental na estrutura constitucional: o de fonte normativa dos demais direitos fundamentais. É baseado na dignidade humana que emergem os demais direitos e garantias fundamentais, é aquele princípio que dá unidade e coerência ao conjunto destes. É imprescindível que se reconheça a força normativa do princípio da dignidade humana e, por um raciocínio lógico, a sua carga axiológica como um valor absoluto, o único que possui este atributo. Não é demais frisar que nenhum direito fundamental é absoluto: é tolerada a preponderância de um direito fundamental sobre outro em decorrência da constatação de sua maior chance de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, no caso concreto.

Na gestação o que temos é o produto da concepção, ou seja, um estado potencial. Na vida, entre o nascimento e a morte temos o atributo da personalidade, no qual a pessoa é capaz de adquirir direitos e contrair deveres, uma vez que possui identidade individualizada por definitivo na ordem civil. (CUELLARr, 2012)

O feto é protegido pelo ordenamento brasileiro não pela sua garantia de vida, mais sim pela capacidade relativa que ele possui de adquirir o direito à vida quando vir a nascer, tornando-se deste modo um ser humano. (SILVA E GODOY, 2012)

Nesse aspecto cita-se o Ministro Celso de Mello na ADI 3510:

[...] O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade



condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. **Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana.** (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3510, Ministro Joaquim Barbosa, 2012) (grifo nosso)

Retomando a questão do aborto decorrente de estupro, onde estão em confronto os direitos da mulher e o direito à vida do feto, aquela não teria uma vida digna se tivesse que suportar uma gravidez resultante de violência sexual, uma vez que uma vida digna, se assemelha a uma vida sem dor e sofrimento. (GOMES, 2012)

Nesse aspecto vale lembrar que a Constituição Federal de 1988, assegura o direito à vida, e cabe ao Estado assegurá-lo sobre uma dupla perspectiva: primeiramente o direito de nascer e continuar vivo, depois o direito de se ter uma vida digna. (MORAES, 2007, p.76)

Assim, para respeitar a vida (ou a vida digna) é que nosso Código Penal permite o aborto. O nascituro deve ser respeitado, mas a vida (ou vida digna) da mulher grávida também, uma vez que ela possui direito ao planejamento familiar, não sendo obrigada a gerar uma criança fruto de uma violência sexual. (GOMES, 2012)

Nesse sentido discorre o Ministro Joaquim Barbosa na ADI 3510:

[...] A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3510, Ministro Joaquim Barbosa, 2012)

Deste modo, o direito brasileiro, mais especificamente o Código Penal, norteado pelo princípio da proporcionalidade fez uma ponderação de valores no que tange o aborto decorrente de estupro, analisando o direito à vida do feto e a dignidade ou uma vida digna da mãe, optando deste modo pela dignidade da mãe, permitindo assim o aborto. (SILVA E GODOY, 2012)

Diferentemente não poderia ser, uma vez que “a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado”. (CABETTE, 2012)

Deste modo percebe-se que ao optar em tornar lícito essa modalidade de aborto, o legislador constituinte constatou maior chance de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a mãe já possui personalidade jurídica e efetiva dignidade, enquanto o feto possui futura vida e dignidade relativa, sendo nesse caso concreto o direito a dignidade da mulher mais importante do que o direito a vida do feto. (SILVA E GODOY, 2012)

Nesse sentido destaca Cuellar (2012):

Neste embate entre VIDA X DIGNIDADE, direitos igualmente fundamentais do homem, a questão é qual deve preponderar sobre o outro. Importante, que não se trata de um confronto de apenas vida contra dignidade, pois não há vida sem dignidade. Por isso, se autoriza o aborto nos casos de estupro.

Portanto, percebe-se que não existe direito absoluto, nem mesmo o direito à vida quando nos deparamos com a maior chance de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana no caso concreto, e foi isso que ocorreu quando o legislador optou pela legalização do aborto em caso de estupro, optando deste modo pela supremacia do direito a liberdade sexual da mulher sobre o direito a vida do feto. (SILVA E GODOY, 2012)

Concluindo, embora a hipótese de aborto autorizado seja anterior à Constituição de 1988, uma vez que o Código Penal atual foi promulgado na década de 40 do século vinte, é forçoso reconhecer que ocorreu a recepção constitucional da hipótese infra-constitucional que autoriza a mulher a realizar o aborto em caso de crime contra a sua liberdade sexual que leve a uma gravidez indesejada e que a violente diuturnamente durante toda a gestação, levando à aniquilação de sua dignidade como pessoa humana, que é valor jurídico imanente a nosso Estado Democrático de Direito <sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, lícito transcrever trecho do voto do Ministro Eros Grau na ADPF 3150, no qual se reconhece o caráter nuclear e fundante da dignidade da pessoa humana e de sua característica de ser “precedente” à Constituição de 1988, sinalizando sua relevância para a efetivação sistêmica dos direitos fundamentais, *in verbis*:

“[...] a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência. A arguente desqualifica fatos históricos que antecederam a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 6.683/1979. [...] A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando no texto da Lei 6.683/1979. [...] Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem

---

preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arroga a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores. [...] Sem de qualquer modo negar o que diz a arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço (o que subscrevo), tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação de que o instituto da anistia viola a dignidade humana. [...] O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, esse argumento não prospera." (**ADPF 153**, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-4- 2010, Plenário, *DJE* de 6-8-2010.) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADPF 153, Rel. Min. Eros Grau, 2012).

## 5 CONCLUSÃO

Na elaboração do presente trabalho, buscou-se explicar a respeito da opção adotada pelo legislador de tornar lícito o aborto decorrente de estupro, frente ao conflito dos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, assim como sua autonomia no planejamento familiar.

Desta feita, se fez necessário o aprofundamento em matérias constitucionais com relação aos princípios, tais como, o princípio do direito à vida, do direito à liberdade, da dignidade da pessoa humana e o princípio da proporcionalidade. Assim como se fez necessário buscar através da legislação infraconstitucional dispositivos pertinentes ao aborto, direitos sexuais e reprodutivos da mulher, planejamento familiar, bem como os direitos do nascituro.

Durante o desenvolvimento do trabalho, pode-se constatar que embora o princípio do direito à vida seja o mais fundamental de todos os direitos, uma vez ser a vida, condição absoluta para a existência e alcance dos demais direitos, ele não pode ser considerado absoluto, ou acima dos outros princípios fundamentais.

A valoração dos princípios precisa ser avaliada dependendo da situação fática na qual eles estão inseridos.

No caso estudado, embora o feto tenha seu direito à vida assegurado constitucionalmente, a mulher vítima de estupro também o tem, uma vez que o Estado Democrático de Direito tem como um dos fundamentos da República o princípio da dignidade da pessoa humana.

Seria desumano obrigar a mulher vítima de coito violento abrir mão de sua vida pessoal, profissional, afetiva, gerando-lhe possíveis danos físicos, emocionais e psíquicos, sob o argumento de que a expectativa de vida futura que traz em seu ventre, é mais importante que a sua própria vida já consolidada.

O direito à vida é garantido constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico mediante cláusula pétrea, cabendo ao Estado garantir-lhe a aplicação desse direito sob duas perspectivas, o primeiro, o direito de nascer e o segundo o direito de se ter uma vida digna.

Se o legislador ao invés de optar pela legalização do aborto em caso de estupro, o tivesse criminalizado, como se fosse um aborto sem peculiaridades biológicas, emocionais e psicológicas, estaria ferindo a dignidade da pessoa

humana, considerada um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que a mulher jamais poderia ter uma vida considerada digna, estando ela obrigada a gerar o fruto de uma violência sexual.

Deste modo, diante da colisão de direitos fundamentais no caso estudado, preponderou a dignidade da pessoa humana da mulher diante do direito à vida do feto, vez que a mulher já possui personalidade e vida desenvolvida.

Sabe-se que no caso do aborto decorrente de estupro, modalidade tipificada no artigo 128, inciso II do Código Penal, o aborto somente é legal se houver o consentimento da gestante ou se incapaz de seu representante legal. Assim, nada impede, se for de sua vontade, que a mulher tenha o filho que foi fruto de violência sexual.

No caso do aborto decorrente de estupro, o legislador ao optar pela legalização do aborto o fez acertadamente. Ninguém questiona a beleza da maternidade, que não pode ser associada a uma gravidez forçada decorrente de violência sexual, pois é desumano submeter à mulher a uma gestação odiosa, na qual recorde ininterruptamente, ao longo de nove desesperados meses, da violência a qual foi submetida, não sendo inverossímil acreditar que tal recordação amarga perdure mesmo após eventual nascimento.

No que diz respeito às mulheres que possam manifestar livremente sua vontade, tem-se a dizer que manter em seu ventre um feto concebido mediante violência sexual é um ato de amor ao próximo, se for de espontânea vontade, mas injusto e desumano se for obrigatório na legislação, em decorrência da malignidade do ato praticado para sua origem, que não condiz com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Por este motivo, temos o entendimento de que a opção adotada pelo legislador penal - de excluir a tipicidade penal do aborto decorrente do estupro - foi recepcionada pelo novo sistema constitucional instaurado em 1988, e sua legitimidade decorre dos princípios jurídicos e dos valores humanistas.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Marly De Lourdes Fernandes Autran De. **A ponderação de valores na colisão de direitos fundamentais.** Online. Disponível em <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4212](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4212)> Acesso em 05 maio 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.
- ÂNGELO, Milton. **Direitos Humanos.** São Paulo: Editora De Direito, 1998.
- AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de Direito Constitucional.** Curitiba: Juruá, 2004.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Maria Betânia. **Modernidade e Cidadania Reprodutiva.** Online. Disponível em: <<http://journal.ufsc.br/index.php/ref/article/viewFile/16070/14604>> Acesso em: 01 maio 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional – Aspectos Contemporâneos.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3ª ed. Revista. Rio de Janeiro, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 18 ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_, **Curso de Direito Constitucional.** 26º ed., atualizada em apêndice a CRFB/88 com as emendas Constitucionais até a de nº 67 de 22/12/2010, São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL, Leis, etc; ABREU FILHO, Nyilson Paim de (org). **Leis, etc. Constituição Federal; Código Penal; Código de Processo Penal.** 9º ed., Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- \_\_\_\_\_, [Constituição (1988)], **Constituição da Republica Federativa do Brasil.** 10, Ed. Rev. Atual e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 - A.
- \_\_\_\_\_, Ministério da Saúde. Secretária de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica da Saúde da Mulher. **Prevenção e Tratamentos dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra as Mulheres e Adolescentes:** Norma Técnica. 2º ed. atual. e ampl.: Brasília: Ministério da Saúde, 2005 – B.
- \_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.º 3510, Relator Min. Ayres Britto. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%29&base=baseAcordados>. Acesso em 5 maio 2012 - C.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 101, Relator Min. Cármen Lúcia. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf+101%29&base=baseAcordados>. Acesso em 20 maio 2012 – D.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF 153, Relator Min. Eros Grau. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28adpf+153%29&base=baseAcordados>. Acesso em 01 junho 2012 – E..

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Intervenção Federal** IF 298, Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28IF+298%29&base=baseAcordados>. Acesso em 10 maio 2012 - F.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Supensão de Tutela Antecipada** Sta 171, Relator Min. Hellen Gracie. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28sta+171%29&base=baseAcordados>. Acesso em 20 maio 2012 - G.

\_\_\_\_\_, Tapai, Giselle de Melo Braga. **Código Civil**. 9 ed. rev., atual. E ampl: São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. (RT Códigos) – H.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2º ed. rev. e atual. De acordo com a emenda constitucional n. 56/2007.- São Paulo: Saraiva, 2008, p.1391.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A mulher como sujeito ativo do crime de estupro e as consequências do resultado da gravidez**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2264, 12set. 2009. Online. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13501>>. Acesso em: 13 maio 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculada do legislador**. 2.<sup>a</sup> ed. Editora Coimbra, 2001.

\_\_\_\_\_, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6º ed., Editora Coimbra, 2002.

CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. **O princípio constitucional da dignidade humana, princípio da proporcionalidade e o aborto**. Online. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/aborto.pdf>. Acesso em 05 maio 2012.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 7. Ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Daniella S. **Desenvolvimento Urbano: princípios Constitucionais**- Curitiba, Editora Juruá, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada - São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.

EXNER, Tereza Cristina M. K. **Aborto decorrente de estupro**: uma questão de humanidade. Online. Disponível em [http://www.correiocidadania.com.br/index2.php?option=com\\_content&do\\_pdf=1&id=3158](http://www.correiocidadania.com.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=3158). Acesso em 16 maio 2012.

FRANCO, Albert Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência / Coordenação Alberto Silva Franco, Rui Stoco- 8 ed. Rev. e ampl. , São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Franco, Alberto Silva, **Algumas questões sobre o aborto**. Revista do Instituto de Ciências Penais. Belo Horizonte: ICP, v. I, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Em defesa da vida, o aborto**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2669, 22out. 2010. Online. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17672>>. Acesso em: 13 maio 2012.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Volume 5, Rio de Janeiro: Forense, 1955.

CRETELHA JUNIOR, José, **Elementos de Direito Constitucional**. 3 ed. Rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Transfusão de sangue em testemunha de Jeová**. Online. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/tranfus%C3%A3o-de-sangue-em-testemunhas-de-jeov%C3%A1>. Acesso em 10 maio 2012.

LYRA, Cristiane. **Antecipação do parto de fetos anencéfalos**. Um estudo à luz do Direito Constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2757, 18 jan.2011 Online. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18292>>. Acesso em: 17 maio 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Conet. **Curso de Direito Constitucional** – 3. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de, **Direitos Humanos Fundamentais**. 3º ed., São Paulo: Atlas S.A, 2000.

\_\_\_\_\_, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 27º ed., Revista atualizada até a EC nº 67/10 e súmula vinculante 31, São Paulo, Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_, Alexandre de, **Direitos Humanos Fundamentais**, Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 20º ed. Atualizada até a EC nº 52/06, São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.



PIOVESAN, Flavia. **Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos**. Online. Disponível em: <<http://www.mp.pe.gov.br/>>. Acesso em 07 maio 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto alegre: 1999.

SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. **Manual de Teoria da Constituição**. São Paulo, Editora Rev. dos Tribunais, 2008.

SILVA, Ariane Ragni Scardazzi; GODOY, Sandro Marcos. **Análise do aborto em caso de gravidez decorrente de estupro**. Online. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1180/1129>. Acesso em 16 maio 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional** Positivo 31ed. Rev. e atualizada até a emenda constitucional de 56/2007- São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_, **Curso de Direito Constitucional** Positivo 34 ed. Rev. e atualizada até a emenda constitucional de 67/2010 . São Paulo: Malheiros, 2011.

SCHULZE, Clenio Jair. STF, **Aborto de fetos anencéfalos**, ADPF 54 e legislador positivo. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3212, 17abr. 2012. Online. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21532>>. Acesso em 07 maio 2012.

TAGLIAFERRO, Kleber. **Aborto ou terapêutica? Vida e dignidade**: um conflito de direitos humanos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 julho.2004 .Online. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5476>>. Acesso em: 17 maio 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TERCEIRO, José Gil Barbosa. **É o nascituro sujeito de direitos?** Um estudo à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1641, 29 dez.2007. Online. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10815>>. Acesso em: 13 de maio 2012.

PGE, TRATADO INTERNACIONAL, **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Pacto de San José da Costa Rica**. Online. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 07 maio 2012.

\_\_\_\_\_, **Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979)**. Online. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulher.htm>. Acesso em 07 maio de 2012.

VENTURA, Mirian. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3º ed. Brasília DF: Edição do Autor, 2009.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto**: um direito ou um crime. São Paulo: Moderna, 1987.

VOLPI, Mariana. AMARAL, Sérgio Tibiriça. **Direitos fundamentais do nascituro.** Online. Disponível em <http://www.slideshare.net/Leticiablogsala/artigo-21>. Acesso em 12 maio 2012.